

NICOLE P. S. MADER GONÇALVES

**A JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL NA PERSPECTIVA
DA DEMOCRACIA DELIBERATIVA**

**CURITIBA
2009**

NICOLE P. S. MADER GONÇALVES

**A JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL NA PERSPECTIVA
DA DEMOCRACIA DELIBERATIVA**

Dissertação apresentada como requisito parcial à obtenção do título de Mestre, pelo Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal do Paraná.

Orientador: Prof. Dr. Clèmerson Merlin Clève.

**CURITIBA
2009**

TERMO DE APROVAÇÃO

NICOLE PILAGALLO DA SILVA MADER GONÇALVES

A JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL NA PERSPECTIVA
DA DEMOCRACIA DELIBERATIVA

Dissertação aprovada como requisito parcial à obtenção do título de Mestre, pelo Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal do Paraná, pela seguinte banca examinadora:

Orientador: _____
Prof. Dr. Clèmerson Merlin Clève (orientador – UFPR)

Prof^a. Dr^a. Vera Karam de Chueiri (UFPR)

Prof. Dr. Gustavo Binenbjom (UERJ)

Curitiba, 03 de março de 2009.

Aos meus pais, com enorme gratidão, por todas as oportunidades e por todo o amor.

Ao meu irmão Luís Felipe, com um grande carinho, por tornar os meus dias mais
leves e divertidos.

Ao Fábio, com muito amor, simplesmente, *por tudo*.

AGRADECIMENTOS

Já se tornou vulgar dizer que uma dissertação de mestrado ou uma tese de doutorado não são trabalhos puramente monográficos, contando com a participação indireta de diversos autores anônimos que, cada um de sua maneira, colaboraram de decisiva para o resultado final do trabalho. Foi exatamente isso que se passou com esse trabalho. A concretização da primeira até a última linha dessas páginas só foi possível em virtude da colaboração de diversas pessoas, sendo, portanto, uma questão de justiça nomeá-las e agradecê-las por terem auxiliado a tornar esse sonho uma realidade.

Antes de ingressar no Programa de Mestrado da Universidade Federal do Paraná, duas pessoas já deixavam suas marcas nas linhas que ainda viriam a ser escritas: Maria Carolina de Paiva Schaedler e Heloísa da Silva Krol.

À Carol, amiga incomparável, que esteve ao meu lado em momentos decisivos da minha vida profissional e acadêmica, incentivando e encorajando, agradeço, profundamente, por ter me feito acreditar que eu tinha, sim, condições de entrar no mestrado. Se não fosse seu apoio e sua força talvez eu não estivesse chego até aqui.

À Helô, exemplo que admiro desde os tempos em foi minha monitora de Direito Penal, agradeço pelas indicações bibliográficas (especialmente, pelos livros do Cláudio Pereira de Souza Neto, Roberto Gargarella e Carlos Santiago Nino), os quais foram determinantes para a elaboração do projeto de pesquisa e que com o desenvolvimento dos estudos estiveram entre as minhas principais fontes de pesquisa.

Durante o mestrado, novas e antigas amizades colaboraram para esse trabalho.

À Giovanna Mayer e ao Leandro Aires, exemplos de competência e humildade, agradeço pelos livros e pelas dicas, por terem compartilhado as dúvidas e me levado a refletir sobre questões essenciais do trabalho.

Ao José Arthur Castillo e ao Miguel Godoy sou grata pelas conversas que inundavam a minha cabeça de novas informações e perspectivas sobre o objeto de pesquisa do trabalho. Ao Zé, especialmente, por me forçar a ler o Alexy. Não foi tão ruim assim. Ao Miguel por compartilhar a adoração a esse ideal chamado

democracia deliberativa.

À Geovana Assis de Oliveira e à Karina Magatão, por terem compartilhado comigo a ansiedade e a angústia que acompanham a redação de qualquer trabalho acadêmico. Nossas sessões de “terapia acadêmica” foram fundamentais para manter-me no campo da sanidade. A amizade de vocês está entre as melhores coisas que levo do mestrado. Espero que agora possamos compartilhar também as alegrias e as realizações.

À Ana Lucia Pretto Pereira pelo tempo despendido, pela conversa no café, pelos livros e pela paciência! O seu alto-astrol contagiante me faz acreditar que tudo é possível.

Há sempre professores que marcam a caminhada e influenciam nos seus rumos. Nessa oportunidade, agradeço aos Professores Celso Luiz Ludwig e Luís Fernando Pereira, e especialmente, às Professoras Vera Karam de Chueiri e Katya Kozicki, e ao meu orientador Professor Clèmerson Merlin Clève.

À Professora Vera Karam de Chueiri, cujas aulas provocaram uma revolução na forma de compreender o constitucionalismo, agradeço por ampliar os meus horizontes. Nem é preciso dizer que este trabalho foi profundamente influenciado pela senhora; o índice já diz tudo.

À Professora Katya Kozicki, sou profundamente grata pela generosidade. Esse trabalho não seria o mesmo sem a sua colaboração para a definição do seu índice. Às vezes alguém precisa colocar nossos pés no chão...

Ao Professor Clèmerson Merlin Clève, que logo na primeira aula que assisti na graduação me deixou fascinada. Confesso que ao fim tive uma vontade súbita de aplaudir. As suas aulas e o seu modo de pensar o direito constitucional me fizeram assumir que o meu amor pelo Direito Constitucional era mais forte que a curiosidade pelo Direito Administrativo. Obrigada pelas longas conversas durante a sua atenciosa orientação, saía delas renovada para continuar o trabalho.

Finalmente, agradeço àqueles que sempre estiveram ao meu lado e são responsáveis pelas minhas conquistas e pelo o que há de melhor em mim.

Ao meu pai, por me ensinar a estar eternamente insatisfeita e a nunca perder o poder de indignação. À minha mãe, pelas lições de superação e força que ainda não fui capaz de apreender. A ambos, sou profundamente grata por me oferecerem todas as oportunidades para chegar até aqui.

Ao meu irmão, meu amigo de todas as horas, literalmente, sou grata pelos serviços de logísticas que me pouparam um tempo enorme, mas, principalmente, por fazer da minha vida uma eterna infância. As brincadeiras dos últimos meses foram fundamentais para tornar o caminho suave.

Ao Fábio, que sempre acreditou em mim e esteve ao meu lado, por todo amor, compreensão, apoio, paciência e companheirismo dedicados a mim nesse último ano. Sem você, sem seus ouvidos, seu colo e seu carinho, nenhuma palavra teria sido escrita.

À CAPES pelo apoio financeiro.

ÍNDICE

RESUMO.....	x
ABSTRACT.....	xi
INTRODUÇÃO.....	1
1. JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL: ENTRE DEMOCRACIA E CONSTITUCIONALISMO	3
1.1 Breves anotações sobre as premissas adotadas em um estudo histórico	3
1.2 Constitucionalismo e democracia nas raízes do Estado Moderno.....	9
1.3 A jurisdição constitucional no Estado Liberal.....	41
1.3.1 A jurisdição constitucional no contexto do Estado Liberal europeu..	42
1.3.2 O judicial review norte-americano	61
1.3.3 Os desafios da jurisdição constitucional brasileira no Estado Liberal	83
1.4 A jurisdição constitucional no Estado de Bem-estar Social	88
1.4.1 As divergentes soluções dos Estados europeus.....	96
1.4.2 A inovação austríaca: Kelsen e a jurisdição constitucional como legislador negativo	101
1.4.3 A Suprema Corte norte-americana e o <i>New Deal</i>	128
1.4.4 A jurisdição constitucional no Estado Bem-estar Social brasileiro .	134
1.5 A jurisdição constitucional no Estado Democrático de Direito: pressupostos para a sua análise	138
1.5.1 A constituição como um processo em permanente reconstrução mediante a interpretação pública	143
1.5.2 Para além da democracia representativa: a noção de <i>democracia deliberativa</i>	167
1.5.3 A interação entre os pressupostos adotados	191
2. O PAPEL DA JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL NO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO: ALTERNATIVAS TEÓRICAS.....	193
2.1 Considerações iniciais.....	193
2.2 John Hart Ely: a jurisdição constitucional como fiscal da democracia representativa.....	194

2.2.1 A superação do debate entre textualismo e livre interpretação.....	195
2.2.2 A terceira via proposta por Ely: a jurisdição constitucional em defesa da democracia.....	204
2.2.3 Algumas reflexões críticas: a democracia, os direitos sociais e as minorias.....	211
2.3 Ronald Dworkin: a jurisdição constitucional como o <i>fórum do princípio</i> nas democracias constitucionais	223
2.3.1 O campo de intervenção legítima da jurisdição constitucional: os princípios	227
2.3.2 A interpretação dos princípios mediante a leitura moral.....	234
2.3.3 A legitimidade democrática da jurisdição nos Estados de Direito ..	246
2.3.4 A última peça do quebra-cabeça: a democracia constitucional.....	251
2.4 Jürgen Habermas: a jurisdição constitucional como mecanismo de proteção das condições para a gênese democrática do direito	262
2.4.1 O paradigma procedimental do direito	263
2.4.2 A tensão entre direito e democracia no paradigma procedimental.	272
2.4.3 A jurisdição constitucional no paradigma procedimental	281
2.5 Carlos Santiago Nino: a jurisdição constitucional como exceção à democracia deliberativa	292
2.5.1 A tensão inerente nas democracias constitucionais	293
2.5.2 Constituição histórica v. constituição ideal de direitos	296
2.5.3 Direitos v. democracia.....	310
2.5.4 A extensão da jurisdição constitucional da democracia deliberativa	320
2.6 Balanço das teorias analisadas	333
3. A JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL BRASILEIRA COMO INSTRUMENTO DE DEFESA E EFETIVAÇÃO DA DEMOCRACIA DELIBERATIVA	347
3.1 O projeto de Estado Democrático de Direito da Constituição Brasileira de 1988	347
3.2. A jurisdição constitucional brasileira como instrumento de defesa da democracia deliberativa	390
3.2.1 A jurisdição constitucional diante das condições procedimentais da democracia deliberativa	392

3.2.2 A jurisdição constitucional diante das condições substanciais da democracia deliberativa	436
3.2.3 A impossibilidade de escolha entre as condições procedimentais e substanciais.....	471
3.3 A abertura da jurisdição constitucional brasileira à esfera democrático-deliberativa	475
3.3.1 O fechamento e a abertura do controle de constitucionalidade abstrato e concentrado.....	481
3.3.2 As transformações do controle difuso e concreto: o fechamento da jurisdição constitucional?	502
3.3.3 A simultânea importância e insuficiência do processo constitucional para a democracia deliberativa: uma ressalva final.....	531
CONSIDERAÇÕES FINAIS	539
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	551

RESUMO

Este trabalho parte da premissa de que o papel da jurisdição constitucional é definido pela concepção de constituição e de democracia adotadas por cada país ao longo da história do Estado Moderno. Por isso, o estudo do papel da jurisdição constitucional no Estado Democrático de Direito tem como pré-condição a definição de uma concepção de constituição e democracia. Adota-se então a concepção de constituição como uma *norma aberta em permanente reconstrução mediante um processo público de interpretação* e uma concepção de *democracia deliberativa*, já que tais concepções fortalecem a legitimidade da constituição perante as transformações do tempo e do espaço e aprimoram os ideais democráticos. Definidas as concepções de constituição e democracia que orientam o estudo, extrai-se, das teorias de John Hart Ely, Ronald Dworkin, Jürgen Habermas e Carlos Santiago Nino subsídios para reforçar as concepções de constituição e democracia adotadas e analisar o papel da jurisdição constitucional no contexto do Estado Democrático de Direito brasileiro. Antes, porém, verifica-se que as concepções de constituição e democracia elegidas compatibilizam-se com a Constituição de 1988 – requisito fundamental para a continuidade do estudo. Assim, com suporte na concepção de constituição e democracia adotadas, bem como nas contribuições teóricas angariadas, define-se que cabe à jurisdição constitucional brasileira a tutela das condições procedimentais e substanciais que conferem ao processo democrático deliberativo um valor epistêmico mínimo, sendo inadequado optar por uma ou por outra condição, uma vez que ambas se complementam. Ainda, observa-se que o processo constitucional pode ser instrumento de democratização da esfera pública jurisdicional. No caso do controle abstrato e concentrado de constitucionalidade, o processo tem provocado uma progressiva abertura da jurisdição constitucional brasileira. Já o processo constitucional do controle difuso e concreto de constitucionalidade aponta para o fechamento da jurisdição constitucional à democracia, o que não pode ser tomado como um mal absoluto desde que permaneça sempre uma possibilidade de nova abertura. Finalmente, destaca-se que o processo não é o único instrumento disponível para a construção de uma jurisdição constitucional comprometida com a democracia deliberativa; há outros requisitos, como a decisões públicas e bem fundamentadas, que têm um papel fundamental nas sociedades democráticas.

Palavras-Chave: jurisdição constitucional – democracia deliberativa – condições procedimentais e substanciais – processo constitucional.

ABSTRACT

This work starts at the argument that the constitutional jurisdiction's paper is defined by the conception of the constitution and democracy adopted by each country through the Modern States' history. Therefore, the study of constitutional jurisdiction's paper depends on a definition of the constitution and the democracy. It is adopted a conception of the constitution as an *open norm in permanent reconstruction by a public process of interpretation* and a conception of *deliberative democracy*, once these conceptions reinforced the legitimacy of the constitution towards the transformations in the time and space refining the democratic ideals. Defined the conceptions of constitution and democracy that lead the study, is elicited arguments from John Hart Ely, Ronald Dworkin, Jürgen Habermas and Carlos Santiago Nino's the theories to reinforce the conception of constitution and democracy adopted and to analyze the paper of constitution jurisdiction in the context of Brazilian Democratic State of Law. Nevertheless, before was checked if the conceptions of constitution and democracy adopted are suitable with the Constitution of 1988 – fundamental requisite for the continuity of the study. Thus, with support at conceptions of constitution and democracy adopted as well as at the theoric contributions raised, is defined that competes to Brazilian constitutional jurisdiction to control the procedures and substantives conditions which attribute to the deliberative-democratic process an epistemic value, being inadequate to choose one or another condition, since both are complementary. Still, is observed that the constitutional process can be an instrument of democratization of the jurisdictional public sphere. In the case of abstract and concentrate control of constitutionality, the process has induced the opening of the brazilian constitutional jurisdiction. In the case of diffuse and concrete control of constitutionality it appoints to a closeing of the brazilian constitutional jurisdiction to democracy, what is not totally harmful as soon as always remain a possibility of new opening. Finally, is highlighted that the process is not the only instrument available to the construction of a constitutional jurisdiction compromised with deliberative democracy; there are others requisites, like public and well-justified decisions, that play a fundamental paper in a democratic society.

Key-words: jurisdiction compromised – deliberative democracy – procedure and substantive conditions – constitutional process.

INTRODUÇÃO*

A instituição de uma jurisdição constitucional por um Estado Democrático é controversa. Com ela surge sempre uma pergunta clássica: o que *legitima* que uma instituição composta por uma pequena elite de cidadãos declare inválida uma decisão majoritária fruto de um procedimento democrático?

O problema da legitimidade democrática da jurisdição constitucional já foi objeto de amplos debates e trabalhos que são referências mundiais. No entanto, diante da Constituição brasileira de 1988 esta questão tem sua relevância diminuída, uma vez que a adoção da jurisdição constitucional pelo Estado brasileiro decorre de uma opção política do povo soberano plasmada no texto constitucional.

Por essa razão, esse trabalho opta por fazer um primeiro recorte no objeto de estudo – a jurisdição constitucional – a partir de uma leitura comprometida com os preceitos da Constituição de 1988; substituindo a pergunta sobre a sua legitimidade democrática pela seguinte questão: qual é o *papel* e quais são os *limites da atuação* da jurisdição constitucional em um Estado Democrático? Isto é, qual é a função a ser desempenhada pela jurisdição constitucional e o que a justifica em um Estado Democrático?

A resposta para essas perguntas está diretamente relacionada à maneira como são interpretadas as noções de *constitucionalismo* e de *democracia* e à forma de interação entre esses dois fundamentos dos Estados Modernos que estão em uma tensão permanente e insolúvel.

Desse modo, o primeiro passo a ser dado para responder a questão central desse trabalho é compreender como as diferentes concepções de *constitucionalismo* e de *democracia* adotadas pelos Estados Modernos Ocidentais, ao longo dos paradigmas do Estado Liberal e do Estado de Bem-estar Social, determinaram a existência ou ausência da jurisdição constitucional, bem como seu papel e os seus limites de atuação. O objetivo é aprender com os erros e com os acertos das concepções de *constitucionalismo* e *democracia* adotadas por esses Estados para, na seqüência, eleger as concepções sobre esses ideais que melhor se ajustem ao paradigma do Estado Democrático de Direito.

* Esse trabalho foi escrito de acordo com as novas regras do acordo ortográfico da língua portuguesa, mantendo-se no original todas as citações.

Com esse intuito, elege-se uma concepção de constitucionalismo que compreende a constituição como uma *norma aberta em permanente reconstrução mediante um processo público de interpretação*. Já quanto à democracia, tendo em vista a insatisfação com o sistema representativo, tomam-se como suporte para a análise do papel da jurisdição constitucional as condições procedimentais e substanciais que caracterizam o modelo democrático-deliberativo. Feito isso, o objeto de pesquisa torna-se mais preciso e encontra um caminho mais seguro, uma vez que o objetivo será investigar o papel da jurisdição constitucional que trabalha com uma concepção de constituição como uma *norma aberta em um processo de permanente reconstrução mediante um processo público de interpretação* e compromete-se com concepção de *democracia deliberativa*.

Para auxiliar e aprofundar a pesquisa, recorre-se à análise dos argumentos oferecidos pelas teorias de John Hart Ely, Ronald Dworkin, Jürgen Habermas e Carlos Santiago Nino, as quais oferecem diferentes perspectivas sobre o papel da jurisdição constitucional nos Estados Democráticos de Direito.

Diante dos subsídios oferecidos por cada um desses autores, o campo de pesquisa restringe-se mais uma vez, pois a pergunta sobre o *papel* da jurisdição constitucional desdobra-se e especifica-se; sendo necessário investigar qual é se o papel da jurisdição constitucional, no exercício de interpretação/reconstrução da Constituição, é tutelar as condições procedimentais ou substanciais da democracia deliberativa e como ela pode democratizar-se, isto é, quais são as alternativas que possui para interagir com a esfera pública e fazer uma reconstrução democrática do texto constitucional.

As respostas para essas perguntas poderão dimensionar a importância da jurisdição constitucional em uma sociedade comprometida com a democracia deliberativa e indicar qual é ponto de equilíbrio de sua intervenção nas decisões majoritárias. Afinal, se por um lado o sucesso da democracia e da constituição depende dos trabalhos da jurisdição constitucional, por outro, a *democracia* não pode torna-se uma *juristocracia*. Assim, é fundamental saber qual é o campo de atuação e qual é a função da jurisdição constitucional em sociedades democráticas para que não se corra o risco do jurídico substituir o político – elemento fundamental da democracia – ou do político atropelar o jurídico – que é a essência da Constituição.

1. JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL: ENTRE DEMOCRACIA E CONSTITUCIONALISMO

1.1 Breves anotações sobre as premissas adotadas em um estudo histórico

O problema que instiga e impulsiona o presente trabalho é desvendar o papel da jurisdição constitucional no Estado Democrático de Direito desenhado pela Constituição de 1988. No entanto, a análise dessa questão não dispensa o recurso aos principais fundamentos históricos da jurisdição constitucional e dos contornos que a instituição assumiu no decorrer das transformações do Estado Moderno. Pelo contrário, um estudo lúcido e consciente acerca dos diferentes papéis exercidos pela jurisdição constitucional, em meio à relação entre democracia e constitucionalismo, é pressuposto fundamental para a compreensão da sua função nos Estados Democráticos de Direito contemporâneos e, conseqüentemente, no Estado brasileiro.

Portanto, busca-se, neste capítulo inicial, saber qual foi o papel reservado à jurisdição constitucional no paradigma do Estado Liberal e do Estado de Bem-estar Social, para, na sequência, traçar os pressupostos de análise da jurisdição constitucional no paradigma contemporâneo do Estado Democrático de Direito¹. Observa-se que em todo esse trajeto ter-se-á como fio condutor a tensão entre constitucionalismo e democracia, uma vez que é justamente no âmbito da existência, supostamente contraditória, de uma democracia em que a voz popular encontra limitações, que se situa a jurisdição constitucional. Por isso, inicia-se resgatando o núcleo essencial da ideia de constitucionalismo e democracia que se encontra nas raízes do Estado moderno.

¹ A noção de paradigma surge na obra *A estrutura das revoluções científicas* do físico Thomas Kuhn e é importada para as ciências sociais por Hans-Georg Gadamer. Sua tese é que todo conhecimento é produzido sob a ótica de um paradigma, o qual é composto pelas práticas sociais de um determinado momento histórico. No entanto, o conhecimento não caminha em uma evolução linear pacífica, mas se dá por rupturas, por momentos de crise, de *troca de paradigma*. A ideia de *paradigma* é utilizada nesse trabalho com o objetivo de guiar o estudo da jurisdição constitucional, uma vez que, conforme ensina Menelick de Carvalho Netto, "... a doutrina Constitucional já apresenta uma história passível de ser apreendida em períodos, em paradigmas. Essa mesma história revela, no entanto, a um só tempo, também um esforço que pode ser compreendido como um processo de aprendizado, e que hoje nos permite reconhecer uma certa linha de continuidade subjacente às grandes rupturas, denominada constitucionalismo." (A contribuição do direito administrativo enfocado da ótica do administrado: para uma reflexão acerca dos fundamentos do controle de constitucionalidade das Leis no Brasil. Um pequeno exercício de Teoria da Constituição. **Fórum Administrativo**, Belo Horizonte, v. 1, n. 1, p. 10-11).

Contudo, antes de começar essa trajetória, pede-se licença para fazer seis breves considerações que se entende imprescindíveis para qualquer trabalho que se aproxime de um estudo histórico do direito.

Primeira: como ensina António Manuel Hespanha, a *história não é uma sucessão de pontos ligados* pelo historiador, como se estivesse desenhando uma figura geométrica, e tampouco pode ser vista como sequência de fatos e dados. Os limites do processo histórico são incertos; os fatos e dados são integrados à narrativa, ou não, conforme o objetivo, as preferências, o método e a ideologia do historiador. Por isso, nenhuma história é global e completa, assim como não será a que se fará nesse capítulo.

Segunda: toda narrativa histórica sofre com o problema dos inícios, isto é, para contar a história é preciso um *recorte cronológico*². Contudo, sempre há os fatos que deram origem ao marco cronológico, os quais servem de conexão causal e podem conduzir até o estágio inicial da história, resgatando os dados que contribuem, de forma apenas lateral, para um estudo delimitado cronologicamente. Da fixação do marco temporal de estudo decorre um outro problema: *a periodização da história*. A seleção do marco histórico está intrinsecamente relacionada à escolha do método do estudo. A ideia de história como “Antiguidade - Idade Média - Modernidade” é profundamente criticada pelo relativismo cultural do séc. XX por fazer uma separação absoluta entre os tempos³; porém, não é abandonada de imediato, uma vez que, metodologicamente, ainda é muito útil, basta que se reconheça a existência de uma interconexão entre os tempos e se perceba que não se está diante de uma linha evolutiva, mas simplesmente de um objeto de estudo delimitado por certas qualidades que também podem estar presentes em menor medida ou/e com outra roupagem em outros momentos históricos. Assim, como o objeto desse trabalho não é a história do constitucionalismo e da democracia, mas o momento histórico em que se dá a combinação desses dois elementos, opta-se por fazer um recorte cronológico preciso, que se situa na origem do Estado Moderno, resgatando apenas as conexões causais anteriores estritamente necessárias para a sua compreensão dentro do contexto histórico total.

² HESPANHA, António Manuel. **Cultura Jurídica Européia: Síntese de um milênio**. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2005, p. 5.

³ SALDANHA, Nelson, **A Formação da Teoria Constitucional**. 2ª. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2000, p. 7.

Terceira: a história do direito é um saber formativo distinto das demais disciplinas dogmáticas que compõem os cursos de Direito. Enquanto as últimas têm como objeto de estudo o direito vigente, a história do direito quer “... *problematizar o pressuposto implícito e acrítico das disciplinas dogmáticas*”⁴, ou seja, o fato de que o direito nos nossos dias é o “... *racional, o necessário, o definitivo*”⁵. Para tanto, a história do direito estuda o direito a partir de um determinado contexto social, descrevendo a política, a economia, a cultura e os outros elementos que formam o ambiente no qual se aplica o direito. Nesse sentido, explica Luís Fernando Pereira que “As raízes do jurídico são encontradas também nas mentalidades, nas bases profundas que expressam os valores sociais, ligados ao modo particular de sentir, viver e conceber o direito que é uma mentalidade afundada na consciência social...”⁶. É essa a linha seguida pela Escola da Annales ao sugerir que na medida do possível é preciso descer ao mundo dos pequenos fatos para o ver o direito vivo, os valores presentes na sociedade, reconhecendo que a pluralidade de soluções jurídicas desenvolve-se por meio de demandas locais. Por isso, é, sem dúvida, mais adequado ter como objeto de estudo um processo social local e determinado, no qual se originam certas soluções jurídicas, do que tentar fazer uma história como um modelo global capaz de explicar e relacionar todos os fatos sociais com um único fenômeno social. Essa é a lição de Antonio Manuel Hespanha, ao dizer que são “... mais produtivos modelos de explicação sociológica de muito mais curto alcance, que relacionam os efeitos (culturais, discursivos) com a dinâmica específica do espaço (ou nível, instância) social particular em que eles são produzidos”⁷.

É justamente sob esta ótica que esse primeiro capítulo quer estudar a jurisdição constitucional. Não se busca por uma história da jurisdição constitucional que seja meramente informativa, busca-se por história da jurisdição constitucional que seja cooperativa, ou seja, que tenha a capacidade de problematizar e trazer à reflexão os problemas centrais que esse trabalho pretende explorar. Por isso, o intuito não é apenas descrever a jurisdição constitucional em cada paradigma de Estado, mas compreender como e por qual razão a jurisdição constitucional

⁴ HESPANHA, Antonio Manuel. **Cultura Jurídica Européia...**, p. 21.

⁵ HESPANHA, Antonio Manuel. *Idem*, *Ibidem*.

⁶ Discurso Histórico e Direito. In: **Direito e Discurso Discursos do Direito**. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2006, p. 136.

⁷ HESPANHA, Antonio Manuel. **Cultura Jurídica Européia...**, p. 38.

desempenha este ou aquele papel em determinado período histórico a partir do contexto social em que se insere. Salienta-se que em virtude da multiplicidade de aspectos que compõem as sociedades modernas e do alto grau de complexidade que atingiram, as referências ao ambiente socioeconômico, político e cultural serão feitas apenas na medida necessária à compreensão geral dessa sociedade. O foco centrar-se-á naquilo que é relevante para o objeto do trabalho como um todo: na influência que as transformações do constitucionalismo e da democracia acarretaram para a concepção de jurisdição constitucional.

Quarta: nessa descrição-compreensão da jurisdição constitucional, não se pretende utilizar a história como um *discurso legitimador*, ou seja, como uma justificativa, simples e lógica para o desenrolar dos fatos. Busca-se pelos momentos de rupturas que apontem descontinuidades, possibilitando assim que uma outra história possa ser contada⁸, ou seja, não se quer promover uma “*história progressista*”⁹ que leve a uma perspectiva deformadora da própria história. É preciso reconhecer que o direito não é fruto de uma “... tradição agregativa, em que novas soluções se somam às mais antigas, aperfeiçoando-as ou actualizando-as.”¹⁰ O presente não pode ser visto como o apogeu do passado, a última parada na linha da evolução, o presente é apenas um “... arranjo aleatório, dos muitos que a *bricolage* dos elementos herdados podia ter produzido.”¹¹

Por isso, a história do Estado Moderno e da jurisdição constitucional que se verá adiante não pretende ser uma sucessão de fatos vitoriosos que caminham no sentido do progresso. Tanto o Estado Liberal como o Estado de Bem-estar Social tiveram suas qualidades e suas deficiências. Por consequência, o mesmo se vê na atuação da jurisdição constitucional em que cada um desses períodos da história. Já no que tange ao paradigma de Estado Democrático de Direito, admite-se, sim, a existência de um progresso histórico, uma vez que nesse paradigma pretende-se unir o que de melhor há no Estado Liberal e no Estado de Bem-estar Social, reconhecendo-se e reafirmando-se a tensão entre constitucionalismo e democracia como fundamento de sociedades livres, justas e solidárias. No entanto, se a empreitada teórica do Estado Democrático de Direito se reflete com perfeição na

⁸ PEREIRA, Luís Fernando. *Discurso Histórico e Direito...*, p. 133.

⁹ HESPANHA, Antonio Manuel. **Cultura Jurídica Européia...**, p. 39.

¹⁰ HESPANHA, Antonio Manuel. *Idem*, p. 42.

¹¹ HESPANHA, Antonio Manuel. *Idem*, p. 43.

realidade, já é outra história. Nesse quesito, sim, admite-se a existência de déficits pelos quais a sociedade contemporânea ainda terá muito trabalho a fazer para suprir adequadamente as demandas que se apresentam. Portanto, o Estado Democrático de Direito, é um passo evolutivo, mas não é o fim da história.

Quinta: o papel da história do direito é servir como consciência crítica, quebrando as visões lineares, descobrindo a complexidade do que parecia ser simples, relativizando certezas absolutas, abrindo dúvidas onde tudo já estava pacífico. Nesse percurso, é frequente que o historiador utilize de uma das mais valiosas e eficientes metodologias para o estudo historiográfico: a *comparação*¹². A comparação permite destacar as diferenças e as semelhanças, instigando a busca de justificativas para elas, o que revela, como já afirmado acima, que todo o processo histórico é contextualizado local e temporalmente. Contudo, como adverte Paolo Grossi, ao empregar a comparação, o historiador “... corre o risco de parecer propor nos dois sentidos opostos, o bem e o mal, e a sua obra pode ser vista como maniqueísta.”¹³ Por isso, a comparação deve ser utilizada para atizar o olhar crítico, para desvendar os detalhes da história, possibilitando um aprendizado, através das diferentes experiências, que seja proveitoso para a compreensão dos rumos da história e das características das sociedades presentes.

Nesse trabalho a comparação é a principal ferramenta utilizada para o estudo do papel da jurisdição constitucional no Estado Moderno. A comparação é empregada em duas perspectivas: compara-se o papel da jurisdição constitucional no Estado Liberal com o da jurisdição constitucional no Estado de Bem-estar Social e compara-se a concepção e o desenvolvimento da jurisdição constitucional norte-americana com a concepção e o desenvolvimento da jurisdição constitucional europeia. O ponto de partida dessa trajetória é a comparação do significado de constitucionalismo e democracia e as combinações entre esses dois ideais elaboradas pelas Revoluções Liberais que fundaram o Estado Moderno. Portanto, parte-se da comparação dos diferentes rumos tomados pela Revolução Americana e pela Revolução Francesa, que, como se observará, oferecem as justificativas iniciais para a explicação dos diferentes modelos de jurisdição constitucional adotados pelos Estados Democráticos de Direito contemporâneos.

¹² GROSSI Paolo. **Mitologias Jurídicas da Modernidade**. Tradução: Arno Dal Ri Júnior. 2ª ed. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2007, p. 17.

¹³ GROSSI Paolo. *Idem*, p. 18.

Sexta: como explica Paolo Grossi, todo historiador deve ser um *relativizador*. Deve destruir mitos, libertar-se “... da lente vinculante colocada diante de seus olhos por duzentos anos de habilíssima propaganda.”¹⁴ Essa é certamente a tarefa mais complexa do historiador, e seu motivo é simples. A história não é uma mera reprodução de acontecimentos, mas fatos que são interpretados e que, portanto, podem admitir que a partir deles se contem várias histórias. Nesse sentido, Luís Fernando Pereira lembra das lições de Bárbara Tauchman para advertir que o trabalho do historiador pode ser tão criativo quanto o do artista. Uma boa ficção, por exemplo, embora não tenha conexão com fatos reais, pode aproximar-se mais da verdade do que o discurso do historiador, que não raramente engrandece os fatos e os justifica com razões não cabíveis para explicar o que de fato aconteceu¹⁵.

O desafio é fugir das interpretações dos fatos históricos que constroem e fortalecem mitos. Para não sucumbir a essa trajetória tentadora, a alternativa adotada por esse trabalho é não se restringir à história contada pelos constitucionalistas, mas buscar também a visão crítica de consagrados historiadores do direito e realizar uma leitura atenta e fiel dos textos que são trabalhados. Por essa via, cai o mito da Revolução Francesa como essencialmente democrática, a origem do *judicial review* assume mais de uma explicação e Kelsen não está tão despreocupado com a democracia e com os direitos fundamentais como poderia parecer. Enfim, mostra-se que tudo pode ter mais de uma leitura.

Finalmente, adverte-se que todas essas premissas foram observadas na medida do possível, pois o tratamento adequado da história da jurisdição constitucional, no contexto dos Estados Modernos, exige um trabalho destinado exclusivamente a isso. Assim, como o que se quer trazer são tão-somente os elementos que sustentam a jurisdição constitucional contemporânea, muitos fatos e

¹⁴ GROSSI, Paolo. Idem, p. 14.

¹⁵ Nesse sentido, o autor recorda da obra *Esaú e Jacó* de Machado de Assis que explora a transição do regime monárquico para o republicano: “... a história transita ao redor de dois personagens centrais, um monarquista outro republicano. O primeiro médico, o segundo advogado. Em várias passagens Machado demonstra a clara percepção de que a virada de regime não incluía a democratização ou alterações estruturais. Em uma delas há a preocupação de Custódio, dono da Confeitaria do Império que havia mandado reformar a tabuleta de seu estabelecimento e não sabia mais o que fazer após a proclamação. Machado aqui em tom irônico liga a mudança de regime a uma alteração nominal semelhante a da tabuleta.” (Discurso Histórico e Direito..., p. 131). Sob o mesmo enfoque, vale conferir a análise feita pelo autor acerca da obra de Joaquim Manuel de Macedo em: Joaquim Manuel de Macedo: uma luneta mágica sobre a cultura político-jurídica do Império. In: **História do Direito em Perspectiva: do antigo regime à modernidade**. FONSECA, Ricardo Marcelo; SEELAENDER, Aírton Cerqueira Leite. Curitiba: Juruá, 2008, p. 331-350.

teorias relevantes para a história do constitucionalismo e da democracia ficaram de fora. Portanto, o que se quer deixar claro é que o que será visto daqui para frente é uma história bem delimitada, a qual busca mostrar que os dilemas e debates da jurisdição constitucional possuem raízes históricas profundas e estão intimamente vinculados com as concepções de constitucionalismo e de democracia estabelecidas ao longo da história do Estado Moderno.

1.2 Constitucionalismo e democracia nas raízes do Estado Moderno

Constitucionalismo, como movimento de limitação do poder, e *democracia*, como governo do povo, são ideias que não têm, necessariamente, a mesma origem histórica¹⁶. Tanto a ideia de governo democrático quanto a de constituição podem remeter à Antiguidade Clássica e assumir diferentes concepções ao longo da história¹⁷. No entanto, a compreensão de democracia e constitucionalismo que interessa para esse trabalho é aquela que serviu de alicerce para as Revoluções Liberais responsáveis para formatação do Estado Moderno¹⁸. Por isso, importa, nesse momento inicial, traçar linhas gerais acerca do ideário que tomou conta do pensamento político e jurídico revolucionário responsável por formular a concepção moderna de constitucionalismo e democracia, situando a forma de combinação de ambos nas raízes do Estado Liberal.

Primeiramente, é preciso lembrar que nos anos anteriores às Revoluções Liberais, entre os séc. XV e XVII, os países europeus passaram por verdadeiras

¹⁶ SOUZA NETO, Cláudio Pereira. **Teoria da Constituição e Democracia Deliberativa**: um estudo sobre o papel do direito na garantia das condições para a cooperação na deliberação democrática. Rio de Janeiro: Renovar, 2004, p. 48.

¹⁷ A Constituição, em um sentido amplo, refere-se à instituição do Estado através de normas de auto-organização, as quais podem ser encontradas em qualquer espécie de ordem política: *polis*, império e reinos. (SALDANHA, Nelson. **A Formação da Teoria Constitucional...**, p. 4). Essa ideia de constituição, entretanto, não se confunde com a concepção moderna a que se refere esse trabalho, isto é, a ideia de constituição como lei fundamental que organiza os órgãos do Estado a partir de um dado modelo a fim de limitar o poder para evitar a arbitrariedade. Hannah Arendt também chama a atenção para a imprecisão da palavra “constituição”, que pode significar tanto o ato de constituir as leis e as normas de um governo em um documento escrito, quanto à reunião das instituições, costumes e precedentes implícitos de uma sociedade como a britânica; como também se denomina constituição o documento que institui um governo não revolucionário e um que institui um governo revolucionário do povo. (**A Revolução**, 2ª. ed. São Paulo: Ática, 1990, p. 116-117).

¹⁸ FIORAVANTI, Maurizio. **Costituzionalismo. Percorsi della storia e tendenze attuali**. Bari: Gius. Laterza & Figli Spa, 2009, p. 5.

revoluções no campo na comunicação, da política, da tecnologia, da economia, da arte e da cultura de uma forma geral. Esses movimentos agregados à emergência do capitalismo e ao individualismo da vida burguesa – que eram apenas pontuais no Renascimento – disseminaram-se no séc. XVIII fornecendo as bases para a formação do Estado Moderno, no qual as nações ganhariam forma, apareceria o problema da soberania e dos direitos do homem.

O ordenamento jurídico desse período, especificamente, caracterizava-se por sua forma não-legislativa¹⁹, especialmente doutrinária, jurisprudencial e costumeira, e por uma pluralidade de fontes, dentre as quais concorriam as regras da Igreja, do Estado, das corporações e das comunas²⁰. Diante do pluralismo de então, o direito válido era o que se identificava com a “verdade”, ou seja, aquele compatível com a racionalidade, com os antecedentes jurisprudenciais, com a tradição ou com o senso comum de justiça. A jurisdição não aplicava um direito certo e posto, mas produzia o direito; e com isso incertezas, discricionariedades, desigualdades e ausência de garantias contra o arbítrio²¹.

A consequência dessa pluralidade de fontes normativas, que não se mostravam dispostas a qualquer tentativa de conciliação, foi a eclosão de verdadeiras guerras civis em torno da disputa pelo monopólio da produção e supremacia das normas jurídicas – especialmente na França e na Inglaterra. Essas disputas marcam a crise do direito medieval, que havia se mostrado incapaz de responder a uma pergunta fundamental para o restabelecimento da ordem política e

¹⁹ António Manuel Hespanha destaca que o direito escrito e erudito era um direito minoritário, absolutamente subordinado à doutrina e a normas de organização de corpos sociais “particulares”: família, igreja, comunidades territoriais, profissionais. Estudos apontam que o direito escrito português do séc. XVII regulava a vida de aproximadamente 15% da população, enquanto os 85% restantes eram reguladas por padrões de cultura estabelecidos pela tradição e por normas de organização comunitárias muito antigas. (**Justiça e Litigiosidade: História e Prospectiva**. Lisboa: Fundação Caloute Gulbenkian, 1993, p. 16).

²⁰ Nelson Saldanha explica que a experiência política da ordem medieval foi influenciada na mesma medida por religiosidade, tradicionalismo e juridicidade: “... as concepções medievais são como um entrelaçado de planos, envolvendo o direito divino e o consuetudinário em torno da problemática das relações entre poder político e as limitações jurídicas. Dá para entender, entretanto, que o essencial foi a limitação do poder, e que este (ao menos em teoria) jamais foi absoluto, mas sempre compartilhado entre imperador e papa, entre reis e senhores, entre dimensões e lealdades; ademais, controlado aqui e ali por cortes e parlamentos. É essa limitação que autoriza os historiadores a falar em constitucionalismo medieval (Mac Ilwain e Kern, por exemplo) e mesmo a enxergar nas experiências medievais os germes do liberalismo moderno e da teoria constitucional.” (**A Formação da Teoria Constitucional...**, p. 36).

²¹ FERRAJOLI, Luigi. O Estado de Direito entre o passado e o futuro. In: **Estado de Direito: história, teoria e crítica**. COSTA, Pietro; ZOLO, Danilo Zolo (orgs.). São Paulo: Martins Fontes, 2000, p. 421.

social e para o pleno desenvolvimento da incipiente economia capitalista: a quem cabe a titularidade do poder soberano?²².

A preocupação com a questão da soberania foi contemporânea à ascensão da ideia do homem como fundamento da ordem jurídica, influência direta da compreensão do homem como ser racional comandado por instintos. É da natureza racional deste homem individual e das forças que o levam a agir que decorre o direito natural moderno – o *jusnaturalismo*²³. Nesse contexto, a sociabilidade não era considerada uma característica natural do homem. Ao contrário, a sociedade representava um obstáculo à ação racional e instintiva, uma vez que em sociedade não era possível a realização livre e ilimitada dos impulsos racionais, pois estes sempre acabavam por esbarrar nas ações e impulsos dos outros. É por essa razão que a grande maioria dos pensadores *jusnaturalistas* defenderam a criação de uma sociedade política organizada e limitada pelos direitos naturais do indivíduo²⁴.

²² A ausência de uma resposta para essa questão levou, nas palavras de Maurizio Fioravanti, “... a perda do centro de gravidade do sistema social e político”. Diante desse desafio, surgem algumas teorias sobre a soberania. Jean Bodin foi o primeiro teórico da soberania; a sua preocupação era identificar a natureza do poder soberano, isto é, queria saber o que faz um poder ser soberano. Conclui que um poder é soberano não pelas suas qualidades, mas pelo simples fato de ser atribuído ao sujeito de forma perpétua e absoluta. Bodin entendia que o caos da ordem política só seria resolvido com o reconhecimento de um poder central e absoluto que coordenasse a vida em sociedade. Dentre as principais atribuições desse poder soberano estariam: o poder de editar e revogar leis, o poder de declarar guerra e paz, o poder jurisdicional e o poder de nomeação de juízes e funcionários do Estado, ou seja, todos os poderes do Estado centralizados em um único titular, que poderia ser um monarca, uma assembleia aristocrática ou o povo. Bodin defendia a soberania monárquica que governasse de forma coordenada com assembleias de estado, corpos consultivos e magistrados. Através desta composição do poder, Bodin não abandona a forma de Constituição medieval em que vários agentes são reunidos em torno do poder, contudo, dá um passo importante na construção da teoria da soberania, ao atribuí-la exclusivamente ao monarca (FIORAVANTI, Maurizio. **Constitución. De la Antigüedad a nuestros días**. Tradução: Manuel Martinez Neira. Madrid: Trotta, 2001, p. 72-77).

²³ Norberto Bobbio define jusnaturalismo como a “... doutrina segundo a qual o homem, todos os homens, indiscriminadamente, tem por natureza e, portanto, independentemente de sua própria vontade, e menos ainda da vontade de alguns poucos, ou de apenas um, certos direitos fundamentais, como o direito à vida, à liberdade, à segurança, à felicidade – direitos esses que o Estado, ou mais concretamente, aqueles que em um determinado momento histórico detêm o poder legítimo de exercer a força para obter a obediência de seus comandos, devem respeitar, e, portanto, não invadir e ao mesmo tempo proteger contra toda possível invasão por parte dos outros. (...) Pode-se definir o jusnaturalismo como a doutrina segundo a qual existem leis não postas pela vontade humana – que por isso mesmo precedem à formação de todo grupo social e são reconhecíveis através da pesquisa racional – das quais derivam, como de toda e qualquer lei moral ou jurídica, direitos e deveres que são, pelo próprio fato de serem derivados de uma lei natural, direitos e deveres naturais.” (**Liberalismo e Democracia**. Tradução: Marco Aurélio Nogueira. São Paulo: Brasiliense, 1988, p. 11).

²⁴ Nesse sentido, Bobbio explica que o jusnaturalismo é pressuposto filosófico do liberalismo, que o utiliza para impor limites ao poder. (**Liberalismo e Democracia...**, p. 12).

Assim, emerge a ideia de que seja pelo desejo de desempenhar livremente os interesses individuais, seja pelo medo do estado de natureza, os homens organizaram-se em sociedade, abrindo mão de parcela de sua liberdade em favor de um poder soberano que lhes garantisse os direitos naturais necessários para o desenvolvimento dos interesses individuais de cada um. Nasce assim as teorias contratualistas²⁵, que ao buscarem a definição da titularidade do poder soberano e o reconhecimento dos direitos naturais do homem, resultam ora na defesa de um governo democrático ora na defesa de um governo despótico, dependendo do seu conteúdo²⁶.

O primeiro teórico contratualista que se preocupou com a titularidade do poder soberano e com a proteção dos direitos naturais do homem foi Thomas Hobbes. Sua obra, *O Leviatã*, foi publicada em 1651, momento em que a Inglaterra passava, para utilizar a expressão do autor, por uma verdadeira guerra civil²⁷. A situação caótica era para Hobbes a consequência natural de uma sociedade em que o poder soberano era disputado por várias facções. Por isso, para reconduzir a Inglaterra a um estado de normalidade era necessário concentrar o poder soberano nas mãos de único sujeito²⁸. Enquanto não fosse determinada a figura do poder soberano e a ela atribuída poderes através de uma lei fundamental, a unidade do Estado estaria correndo perigo e restaria inviabilizado o desenvolvimento do capitalismo emergente, uma vez que somente uma produção normativa unificada garantiria a segurança e a previsibilidade necessárias para as relações negociais.

Portanto, a única forma de garantir a ordem política e econômica era substituir a pluralidade de leis fundamentais que compunham a constituição medieval inglesa por uma única lei fundamental que garantisse a integridade da

²⁵ O contratualismo entende a sociedade não como um produto natural da convivência humana, mas como um corpo artificialmente montado pelos indivíduos para a satisfação de seus interesses pessoais. O Estado não pertence ao soberano, mas aos indivíduos, por isso deve agir dentro dos limites pré-estabelecidos por eles para a proteção da sua vida. Assim, é correto afirmar que o contratualismo tem em comum com o jusnaturalismo uma concepção individualista da sociedade. Ambos entendem que primeiro existe o indivíduo autônomo com seus interesses e carências, e depois vem a sociedade. (BOBBIO, Norberto. Idem, p. 15-16).

²⁶ HESPANHA, Antonio Manuel. **Cultura Jurídica Européia...**, p. 302-303.

²⁷ Hobbes escreve sob o calor da Revolução Puritana, durante a qual o confronto entre o Rei e o Parlamento, entre 1640 e 1649, colocou a Inglaterra em meio a uma sangrenta guerra civil que acabou com a condenação do rei à morte, o fechamento da Câmara dos Lordes, a queda dos poderes constituídos tradicionalmente e a instituição da República.

²⁸ O poder soberano para Hobbes é composto pelos mesmos poderes que compõem o poder soberano de Bodin: o poder de editar e revogar leis, poder de declarar guerra e paz, poder jurisdicional e poder de nomeação de juízes e funcionários do Estado.

figura do poder soberano e de seus respectivos poderes. A constituição, a que Hobbes se refere como a responsável por determinar o poder soberano e retirar a Inglaterra do caos político, seria fruto de um acordo entre os indivíduos²⁹ para remover a sociedade do estado de natureza³⁰. Através desse raciocínio, Hobbes é o primeiro a colocar o indivíduo na base da associação política do Estado.

No entanto, em função do seu pessimismo em relação à natureza humana, Hobbes defendia a centralização de todo o poder nas mãos de um único príncipe, o qual deveria garantir os meios para que os indivíduos buscassem a felicidade e governaria limitado pela razão, isto é, governaria de acordo com os interesses que justificaram a origem da sociedade política. Toda fonte do direito seria concentrada nas mãos do príncipe, que tinha liberdade para legislar amplamente, de modo que

²⁹ O contrato social de Hobbes é pactuado apenas entre os homens, são os súditos que concordam em transferir o seu direito de auto-governo a um único homem, que será o próprio Estado: “Uma pessoa de cujos atos uma grande multidão, mediante pactos recíprocos uns com os outros, foi instituída por cada um como autora, de modo a caber a ela o poder de usar a força e os recursos de todos, da maneira que considerar conveniente, para assegurar a paz e a defesa comum. Aquele que é portador dessa pessoa se chama soberano e possui poder soberano. Todos os restantes são seus súditos.” (**O Leviatã**, ou, Matéria, forma e poder de uma república eclesiástica e civil. Tradução: Joao Paulo Monteiro, Maria Beatriz Nizza da Silva. São Paulo: Martins Fontes, 2003, p. 106). É interessante observar que o poder soberano de Hobbes não assina o contrato social porque ele é fruto desse contrato e, como dele não participou, está livre de qualquer obrigação. O soberano, portanto, não possui nenhum compromisso com os súditos, o que lhe reserva o direito de exercer o poder de modo absoluto e ilimitado.

³⁰ Renato Janine Ribeiro aponta o *estado de natureza* como o conceito chave para a compreensão da obra de Hobbes. Assim, ensina que quando Hobbes se refere ao homem do *estado de natureza* não está imaginado um selvagem que pode ser civilizado por meio de um contrato social, pois para ele o homem não muda ao longo da história. Desse modo, os homens do *estado de natureza* hobbesiano são caracterizados por serem essencialmente livres e iguais (o que impossibilita o domínio triunfal de um sobre o outro) e, por não conseguirem prever o comportamento uns dos outros, acabam se imaginando poderosos, perseguidos e traídos, de modo que a atitude mais racional nesse estado de igualdade e incerteza é atacar o outro antes de ser atacado. Com isso instaura-se um estado de guerra permanente, pois não há nenhuma força superior (todos são iguais) capaz de contê-los ou reprimi-los. Note-se que igualdade em Hobbes não é uma proclamação Revolucionária. Quando diz que no estado de natureza todos os homens são iguais, afirma apenas que os homens podem ter os mesmos anseios, o que os coloca em permanente competição. Quanto à liberdade, Hobbes a entende como ausência de oposição, como desimpedimento, é uma condição física, de que todos podem usufruir, homens e animais. (RIBEIRO, Renato Janine. Hobbes: o medo e a esperança. **Os clássicos da política**. WEFORT, Francisco C. (org.), 9ª. ed. São Paulo: Ática, 1998, p. 53-55.) Nas palavras do próprio Hobbes: “... contra esta desconfiança de uns em relação aos outros, nenhuma maneira de se garantir é tão razoável quanto a antecipação, isto é, pela força ou pela astúcia, subjugar as pessoas de todos os homens que puder, durante o tempo necessário para chegar ao mesmo momento em que não veja qualquer outro poder suficientemente grande para ameaçá-lo. E isto não é mais do que sua própria conservação exige, conforme geralmente é admitido.” (**O Leviatã**. São Paulo: Martins Fontes, p. 75).

os direitos naturais só teriam validade enquanto compatíveis com o direito do soberano³¹.

Como a ideia do *homem como base da ordem jurídica* e a ideia de *centralização poder soberano* poderiam parecer contraditórias, Hobbes fez uma distinção entre *autorização* e de *representação*. Para sair do estado de natureza é necessário que cada indivíduo conceda ao poder soberano o poder de lhe governar com a condição de que outros indivíduos façam o mesmo e de que o poder soberano proteja os direitos naturais de todos, ou seja, todos, sem exceção, devem *autorizar* o poder soberano a *representar-lhes*, de modo que isso permitiria que no estado civil fosse formada a unidade de um povo, ao contrário do estado de natureza, onde havia apenas um aglomerado de indivíduos.

É preciso destacar que para Hobbes a transição do homem do estado de natureza para a sociedade civil por meio de um contrato social só seria possível se intermediada por um Estado forte o suficiente para obrigar os homens a respeitarem uns aos outros. Assim, o Estado é condição para a existência da sociedade, a qual nasce com o Estado. Só existe sociedade porque há Estado. Sem Estado os homens matariam uns aos outros, por isso, para evitar um retorno ao estado de natureza, o poder do Estado deve ser *absoluto e ilimitado*.

Em síntese, o contrato social de Hobbes não se restringe à formulação de uma solução ao problema da soberania, concentrando-a nas mãos de um único poder soberano, o que já havia sido feito por Bodin. Hobbes vai além e inaugura a ideia de Constituição moderna ao colocar a fonte de organização da sociedade em

³¹ Norberto Bobbio indica a existência de um paradoxo na teoria de Hobbes: ao passo que é uma teoria precursora do jusnaturalismo, pois defende a existência de direitos naturais do homem, oferece uma concepção positivista de legitimidade quando reconhece que toda lei emanada pelo poder soberano é legítima, não importando o seu conteúdo. (**Thomas Hobbes**. Tradução de Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Campos, 1991, p. 102-103). No mesmo sentido, Álvaro Ricardo de Souza Cruz observa que "... Hobbes lançou as bases para o pensamento liberal-positivista, propondo uma separação ontológica entre Estado e sociedade, bem como um respeito absoluto à lei, e essa, somente poderia ser assim considerada se fosse produto do monopólio normativo do Estado." (**Jurisdição Constitucional Democrática**. Belo Horizonte: Del Rey, 2004, p. 67). Vale ressaltar ainda que Hobbes chegou a defender a supremacia do direito escrito (*State law*) sobre o consuetudinário (*common law*) na obra *Diálogos entre um filósofo e um estudioso do direito comum na Inglaterra*, na qual combate o *commun law* utilizando-se de categorias típicas do positivismo jurídico: o *formalismo*, de acordo com o qual o direito legítimo decorre de uma autoridade pré-estabelecida que elabora as normas conforme um padrão de formal, não importando o seu conteúdo, e o *imperativismo*, que define o direito como um instrumento utilizado pelo soberano para ordenar e proibir certos comportamentos dos súditos. (BOBBIO, Norberto. **Positivismo Jurídico**. Tradução: Marcos Pugliesi, Edson Bini, Carlos E. Rodrigues. São Paulo: Ícone, 2005, p. 32-37).

uma única lei fundamental pactuada pelos indivíduos³². Trata-se, é verdade, de uma lei fundamental absolutista, pois não vincula o poder soberano, deixando-o livre e ilimitado³³. Porém, é, sem dúvida, uma teoria de ruptura, que nega qualquer possibilidade de pluralismo de fontes normativas e coloca o homem na origem da ordem jurídica, política e social³⁴. Portanto, Hobbes define o Estado Moderno em termos absolutistas: concede ao monarca toda a soberania e centraliza em suas mãos todo o poder do Estado.

Contudo, se a princípio o Estado absolutista hobbesiano era capaz de atender às exigências de segurança e estabilidade da emergente classe burguesa, não demorou muito para que o poder ilimitado do soberano se transformasse em um risco para a segurança e para a previsibilidade almejada pelo modelo econômico florescente³⁵. Era preciso, portanto, fazer a primeira correção à teoria de Hobbes e dar o primeiro passo em direção à formação do Estado Liberal. Era preciso impor limites para os poderes do Estado Absolutista.

O problema da limitação do poder só obteve a devida atenção a partir do Iluminismo e do jusnaturalismo racionalista, responsáveis pela instituição das bases para o desenvolvimento do Estado Liberal. O liberalismo político nasce, por conseguinte, no contexto dos Estados Absolutistas com o objetivo de impor limites ao poder e garantir a proteção de direitos naturais diante dos abusos do poder estatal³⁶. A separação de poderes entre diferentes órgãos do Estado e a garantia de

³² Nesse sentido, Maurizio Fioravanti destaca que Hobbes não “... se limita a somente a despedir-se da constituição medieval. Sua soberania apresenta também um elemento constitutivo, uma proposta a partir da qual é possível pensar uma constituição distinta e nova, que já pode ser qualificada como a constituição dos modernos.” (FIORAVANTI, Maurizio. **Constitución. De la Antigüedad a nuestros días...**, p. 79).

³³ Hobbes é tido como um dos três teóricos do absolutismo ao lado de Nicolau Maquiavel e Jean Bodin. (SALDANHA, Nelson. **O Estado Moderno e a Separação de Poderes**. Saraiva: São Paulo, 1987, p. 18-22).

³⁴ Nesse sentido, Hespanha afirma que o “despotismo iluminado” do séc. XVII, sobre o qual Hobbes exerceu uma notável influência teórica, caracterizava-se por ser um projeto de redução do pluralismo pelo fortalecimento dos poderes do monarca e pela valorização da lei como manifestação da sua vontade, a qual deveria se impor sobre todas as demais fontes normativas, especialmente a judiciária. (**Justiça e Litigiosidade: História e Prospectiva...**, p. 17).

³⁵ Jorge Miranda lembra que não se pode deixar de ressaltar que a origem do constitucionalismo está vinculada com os interesses econômicos e políticos da burguesia do séc. XVII que toma as rédeas do poder. (**Direito Constitucional, Tomo I**. 7ª ed. Coimbra: Coimbra, 2003, p. 88).

³⁶ Saldanha aponta a necessidade de distinção entre liberalismo econômico e liberalismo político, sem que seja colocada uma relação de causalidade ou precedência de um ao outro. Isso porque é preciso lembrar que ambos os liberalismos decorrem dos mesmos valores – liberdade individual e ideia de progresso – e possuem as mesmas condicionantes – capitalismo, cultura urbana,

direitos naturais, como direitos oponíveis contra o Estado, foram os principais instrumentos utilizados pelo liberalismo político, o qual é responsável por constituir os primeiros elementos definidores do constitucionalismo moderno.

Considerado um dos pais do liberalismo político inglês, John Locke dá início ao liberalismo na Inglaterra juntamente com a Revolução Gloriosa³⁷. Sua obra teve enorme influência em toda Europa, especialmente na França, durante a transição do séc. XVII para o séc. XVIII, e nos Estados Unidos³⁸. Locke defendeu, ao contrário de

secularização de padrões. (**Estado Moderno e Separação de Poderes...**, p. 29). Nesse sentido, Rosenkrantz explica que o liberalismo não é uma teoria única, mas uma tradição, uma reunião de teorias políticas que convergem entre si: “O liberalismo não é uma teoria política autoconsciente”, já que seus teóricos não escreveram com o intuito de serem liberais. Em virtude da ausência de unidade do liberalismo, torna-se difícil identificar todas as ideias liberais. Pode-se falar então sobre ideias que são tipicamente liberais, ou seja, encontram-se tanto no liberalismo clássico como no moderno, no anglo-saxão e no Europeu continental. As ideias liberais se distribuem no campo da filosofia, da política e da economia. (Introdução à edição em castelhano. In: ACKERMAN, Bruce. **La Justicia Social en el Estado Liberal**. Centro de Estudios Constitucionales, Madri, 1993, p. 11.) Diante dessa multiplicidade de significados, José Eduardo Faria afirma que o conceito ficou desgastado e questiona se é possível definir liberalismo diante dos diversos adjetivos que a ele se aderiram e das diferentes experiências históricas que ganharam o rótulo de “liberais”, questionando, por fim, se realmente seria possível falar em liberalismo no singular, como um conceito único e universal. (O modelo liberal de direito e de Estado. In: **Direito e Justiça: a Função Social do Judiciário**. FARIA, José Eduardo (org.) 2ª ed. São Paulo: Ática, 1997, p. 17-35. p. 20). Um conceito sintético liberalismo no sentido político é fornecido por Norberto Bobbio: “por liberalismo entende-se uma certa concepção de Estado, na qual o Estado tem poderes e funções limitadas, e como tal se contrapõe tanto ao Estado Absoluto quanto ao que hoje chamamos de Estado Social. (**Liberalismo e Democracia...**, p. 07).

³⁷ O século XVII foi marcado na Inglaterra pela oposição entre a Coroa, representada pela dinastia Stuart e representante do absolutismo, e o Parlamento, liderado pela burguesia emergente defensora dos ideais liberais. Esse embate agravou-se ainda mais com os conflitos religiosos entre católicos, anglicanos, presbiterianos e puritanos, e com as medidas intervencionistas da Coroa que inviabilizaram o comércio com a criação de monopólios. Em 1640 a Revolução Puritana culminou na execução de Carlos I e na instituição da República. Contudo, em 1660, a morte de Oliver Cromwell, que havia governado de forma ditatorial e transformado a Inglaterra em uma potência naval, criou uma situação de quase guerra civil, a qual não chegou a eclodir graças ao retorno dos Stuart ao trono, momento que marca o início do período da Restauração, no qual se retoma o embate entre a Coroa defensora do absolutismo e o Parlamento, que dessa vez se dividiu entre os Tories, conservadores, e os Whigs, liberais. Contudo, os excessos e arbitrariedades do governo de Jaime I levaram a união do Parlamento, que aliado a Guilherme de Orange (cunhado de Jaime I e chefe de Estado da Holanda), planejou um golpe contra Jaime I. Assim, em 1688 acontece a Revolução Gloriosa: Guilherme de Orange desembarca na Inglaterra defendendo o lema “Em defesa da liberdade, do Parlamento e da Religião Protestante” para destituir da Coroa Jaime I ser corado pelo Parlamento. A Revolução Gloriosa é o triunfo do liberalismo sobre o absolutismo, que com a aprovação do *Bill of Rights* em 1689 assegurou a supremacia legal do Parlamento e instituiu na Inglaterra uma monarquia limitada. (MELLO, Leonel Itaussu Almeida. John Locke e o individualismo liberal. **Os clássicos da política**. WEFORT, Francisco C. (org.). 9ª. ed. São Paulo: Ática, 1998, p.81-82).

³⁸ As duas obras de maior destaque de John Locke são o *Primeiro Tratado* e o *Segundo Tratado sobre o governo civil*. Na primeira, Locke critica severamente a obra *Patriarca* de Robert Filmer, a qual influenciou fortemente a formação dos Estados Absolutistas ao defender que o direito produzido pelos reis era divino, uma vez que todos os monarcas seriam descendentes da linhagem de Adão, o primeiro rei. Na segunda, Locke explica a origem, o objetivo e a extensão dos poderes de um governo civil. É nessa obra que descreve o contrato social e as ideias abordadas neste trabalho.

Hobbes, que o soberano estava obrigado a respeitar os direitos naturais e políticos do cidadão³⁹, não sendo, por conseguinte, um poder ilimitado. Para Locke o exercício do poder só é legítimo quando respeita os direitos individuais, caso contrário é possível até mesmo a desobediência civil.

A proposta de Locke tem matriz *jusnaturalista*, de acordo com a qual os direitos naturais são limites ao poder estatal⁴⁰. Locke considerava que no estado de natureza os homens eram capazes de instituir sua *property*, isto é, tinham capacidade de garantir a segurança de sua própria pessoa e de seus próprios bens. Contudo, faltava uma *standing rule*, uma regra fixa e permanente, que consolidasse a *property* adquirida no estado de natureza, por esse motivo era necessário instituir o estado civil através de um instrumento capaz de proteger a condição preexistente.

Assim, o contrato social de Locke é, novamente, ao contrário do de Hobbes, um *pacto de consentimento*⁴¹ por meio do qual os homens concordam em viver em sociedade para garantir e preservar ainda mais os direitos naturais que já possuíam no estado de natureza⁴². O estado civil, com apoio na lei e na força do Estado,

³⁹ HESPANHA, António Manuel. **Cultura Jurídica Européia...**, p. 305.

⁴⁰ Bobbio explica que a teoria política de Locke de bom governo nasce com limites impostos pela lei política, a qual vem depois das leis naturais e estão a seu serviço. Por isso, Bobbio refere-se a teoria de Locke como "... um monumento levantado às leis naturais que presidem à formação das principais instituições políticas, regulando a vida do homem, e das quais as leis positivas não passam de um reflexo. (...) O princípio e o fim do bom governo residem, portanto, no respeito às leis naturais." (**Locke e o Direito Natural**. Tradução: Sérgio Bath e Janete Melasso Garcia, Brasília: UNB, 1997, p. 151-152).

⁴¹ Leonel Itaussu Almeida Mello explica que o contrato social de Hobbes era um *pacto de submissão*, já que para preservarem suas vidas os indivíduos transfeririam a força da sociedade para um monarca, enquanto o de Locke seria um pacto de consentimento, porque os homens concordam livremente em constituir a sociedade para preservar ainda mais os direitos de que já gozavam no estado de natureza. (John Locke e o individualismo liberal..., p. 86) Ainda, Oscar Vieira Vilhena explica que para Locke o modelo de autoridade do poder paterno não pode ser aplicado à esfera política como havia proposto Filmer, pois quando os filhos chegam à idade da razão, a única fonte de poder é o consentimento. A ideia de consentimento, no entanto, é apontada por Hume como um paradoxo do pensamento de Locke, pois se a autoridade paterna não pode ser o fundamento da autoridade pública porque esta requer consentimento, como explicar que um contrato possa vincular as gerações futuras mesmo sem o seu consentimento? Com essa inquietante colocação, Hume já antecipava o paradoxo das democracias constitucionais sobre o qual constitucionalistas contemporâneos como Jon Elster se debruçaram. (VILHENA, Oscar Vieira. **A Constituição e sua reserva de justiça**. São Paulo: Malheiros, 1999, p. 40).

⁴² A limitação da esfera deliberativa dos indivíduos por direitos naturais, tal como faz Locke, é profundamente criticada pelos republicanos, pois não admitem a imposição de valores abstratos anteriores a qualquer processo deliberativo como fontes de limitação da sociedade. Embora Locke defenda que os direitos naturais decorrem de uma leitura racional de um indivíduo autônomo, esses direitos não são sujeitos a qualquer processo deliberativo, são deduções que não coincidem necessariamente com o resultado de um processo deliberativo entre indivíduos autônomos e racionais. Para os democratas se os indivíduos são iguais e racionais o processo de deliberação deveria vincular a sociedade independente do conteúdo de seu resultado. Para os jusnaturalistas

poderia proteger melhor direitos naturais inalienáveis como a vida, a liberdade e a propriedade. É dentro desse espírito que nascem as cartas e as declarações de direitos, simbolizando um contrato entre o povo e o Estado que delimita o poder de intervenção estatal na vida privada⁴³.

Portanto, para Locke, o legislador não cria direitos; apenas fixa os limites do exercício de direitos adquiridos anteriormente⁴⁴. O estado civil protegeria esses direitos de maneira mais eficiente através da mitigação do poder absoluto por meio de uma Constituição que instituísse o poder moderado. Somente com uma limitação e divisão de poderes harmônica é que os direitos individuais estariam protegidos, pois o Legislativo não teria nenhum poder de coação e execução, da mesma forma que o Executivo não teria os poderes de legislar e julgar⁴⁵.

não. De acordo com eles, o resultado de um processo deliberativo só é válido se for resultado de um processo deliberativo que compreende os homens como iguais, racionais e autônomos e se a decisão possui compatibilidade substancial com os direitos naturais ou com princípios de justiça, os quais só são aferidos com recurso ao estado de natureza. Cria-se assim uma relação de hierarquia entre democracia e justiça, na qual a primeira se submete à última. Nessa linha é a crítica de Hume à Locke e aos contratualistas. Hume defende que os direitos são resultados de convenções sociais, de modo que não é possível extrair da razão valores morais ou políticos, por isso, acusa os valores apontados pelos jusnaturalistas como uma forma de justificar o exercício de um poder qualquer. (VILHENA, Oscar Vieira. **A Constituição e sua reserva de justiça...**, p. 39).

⁴³ O exercício do poder político torna-se legítimo somente quando respeita os direitos de liberdade individual inatos e inalienáveis. Com esse fundamento, desde a Magna Carta de 1215, diversos documentos, como a Declaração de Direitos da Virgínia, nos Estados Unidos, e a Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão, na França, colocaram limites ao poder do Estado proclamando liberdades individuais fundamentais. Esses documentos foram considerados contratos entre povo e governantes e serviram como guias para os governos. Por essa razão, Zagrebelsky afirma que essas Declarações de Direitos provocam uma verdadeira “revolução copernicana” na relação entre o Estado e os indivíduos ao colocar os direitos do indivíduo acima dos direitos do Estado, ou seja, os indivíduos passam a possuir direitos subjetivos que antecediam o Estado e, inclusive o legislador. (ZAGREBELSKY, Gustavo. **El derecho dúctil: ley, justicia y derechos**. Tradução: Marina Gascón. 7ª ed. Madrid: Trotta, 2007, p. 54). A organização da sociedade através de um documento escrito se consolida então com a Constituição dos EUA em 1787, responsável por sintetizar as principais ideias do Estado constitucional contemporâneo. No entanto, como adverte Horst Dippel é a Declaração de Direito da Virgínia e outras declarações de direitos do período colonial norte-americano as primeiras a trazerem elementos definidores do Estado Moderno. (**História do Constitucionalismo Moderno**. Tradução: Antônio Manuel Hespanha e Cristina Nogueira da Silva. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2007, p. 07 e ss.).

⁴⁴ O legislador de Locke, em que pese assumo um posto de destaque na organização do Estado, está limitado pelo direito natural. A supremacia do Legislativo é limitada àquilo que lhe foi devidamente confiado. Por isso, Vilhena entende que “... Locke já aponta para uma teoria constitucional que diferenciará o poder constituinte soberano, pertencente ao povo, do poder constituído, entregue aos representantes do povo por intermédio de uma Constituição.” (**A Constituição e sua Reserva de Justiça...**, p. 38).

⁴⁵ Os poderes elencados por Locke são os seguintes: o *poder legislativo*, que tem o direito de estabelecer como será utilizada a força da comunidade no sentido da preservação dela própria e dos seus membros; o *poder executivo*, que deverá executar e fiscalizar as leis elaboradas pelo poder legislativo; e o *poder federativo*, responsável pelo relacionamento da comunidade com todas as forças estranhas e exteriores a ela, estando entre suas atribuições a declaração guerra e paz e promoção de ligas e alianças. É preciso lembrar que apesar de impor a limitação do poder através da

Nessa ideia concentra-se a relevância de Locke para o constitucionalismo moderno, uma vez que modernamente foi ele o primeiro a formular de maneira clara a distinção entre um poder absoluto e um poder moderado⁴⁶ e a utilizar os direitos do homem como limite para a atuação do Estado e como referências para a aferição da legitimidade das normas jurídicas positivadas. Assim, pode-se afirmar que o constitucionalismo moderno, caracterizado pela busca da limitação do poder e da garantia dos direitos, é uma decorrência do liberalismo político inaugurado por Locke⁴⁷.

Todavia, a ideia de limitação do poder lançada por Locke consolidou-se como núcleo fundamental do constitucionalismo moderno com a obra clássica de Montesquieu, *Do espírito das leis*, publicada em 1748. Nessa obra, Montesquieu, um severo crítico da monarquia absolutista⁴⁸, pretende descrever um modelo de governo ideal que garanta a plena liberdade dos indivíduos⁴⁹. Para tanto, inspira-se no regime político definido pela Constituição da Inglaterra, o qual era, em sua

sua divisão, Locke não distribui os poder soberano de forma equânime entre os poderes por ele descritos. O poder legislativo possui uma supremacia clara e notória em relação aos demais poderes do Estado. De acordo com Locke: “Em uma sociedade política organizada, que se apresenta como um conjunto independente e que age para a preservação da comunidade, só pode existir um poder supremo, que é o legislativo, ao qual todos os outros estão e devem estar subordinados; não obstante, como o legislativo é apenas um poder fiduciário e se limita a certos fins determinados, permanece ainda no povo um poder supremo para destituir ou alterar o legislativo quando considerar o ato legislativo contrário à confiança que nele depositou (...).” (**Segundo Tratado sobre o Governo Civil**. Tradução: Magda Lopes e Marisa Lobo da Costa. 4ª. ed. Petrópolis: Editora Vozes, 2006, p. 173).

⁴⁶ De acordo com Paulo Bonavides, somente alguns filósofos clássicos e medievais haviam se preocupado com a questão: “Aristóteles distinguira a Assembleia-geral, o corpo de magistrados e o corpo judiciário; Marsílio de Pádua no Defensor de Pacis já percebera a natureza das distintas funções estatais e por fim, a Escola do Direito Natural e das Gentes, com Groutis, Wolf e Puddendorf ao falar em *partes pontentiales summi imperii*, se aproximara bastante da distinção estabelecida por Montesquieu.” (**Ciência Política**. 10ª. ed. São Paulo: Malheiros, 1995, p. 136).

⁴⁷ Utilizando-se da classificação de constitucionalismo feita por Paolo Comanducci, pode-se dizer que enquanto Hobbes pregava um *constitucionalismo débil*, que requer uma Constituição apenas para limitar o poder existente sem prever uma específica defesa dos direitos fundamentais, Locke propugnava por um *constitucionalismo forte* – ou liberal – que requer uma Constituição para garantir os direitos e liberdades frente ao poder estatal. (Formas de (Neo) Constitucionalismo: um análise metateórico. In: **Neoconstitucionalismo(s)**. Miguel Carbonell (ed.). Madrid: Trotta, 2003, p. 77).

⁴⁸ Montesquieu é um crítico da monarquia *absolutista* e não da monarquia, que era para ele o *governo das instituições*, o regime de governo que deveria ser adotado. Por isso, a preocupação central do pensamento de Montesquieu era compreender as razões da decadência da monarquia, os conflitos que retiram sua estabilidade e os motivos que garantiram a sua estabilidade durante séculos. A conclusão de Montesquieu é que o sucesso das monarquias estava na ideia de moderação. (ALBUQUERQUE. J. A. Guilhon. Montesquieu: sociedade e poder. In: **Os Clássicos da Política Vol. 1**. WEFORT, Francisco C. (org). 9ª. ed. São Paulo: Ática, 1998, p. 114).

⁴⁹ Clève lembra que Montesquieu era um aristocrata, sendo que seu objetivo com a teorização da separação de poderes era, antes de mais nada, garantir os privilégios de sua classe. (**Atividade Legislativa do Poder Executivo**. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p. 26).

opinião, o modelo de governo ideal⁵⁰. O resultado de sua empreitada é o desenvolvimento e a sofisticação da ideia de limitação do poder soberano que, como visto acima, tem como seu precursor moderno John Locke⁵¹.

Montesquieu consagra a ideia de que os direitos individuais só estariam protegidos dentro de um regime político moderado instituído por uma constituição. Sua preocupação é preservar a liberdade dos indivíduos de leis tirânicas, já que existe uma tendência natural de todo homem a abusar do poder⁵². Assim, defende que quando se reúne todo poder na mesma pessoa não existe liberdade, pois se corre o risco de que o rei ou o senado façam leis tirânicas para executá-las tiranicamente⁵³.

Dessa maneira, para existir liberdade, deve haver um poder de julgar que esteja separado do poder de legislar e do poder de executar. Caso contrário, se unidos Legislativo e Judiciário, o poder sobre a vida e a liberdade dos cidadãos seria arbitrário e o juiz seria legislador. Da mesma forma, caso se confundisse Executivo e Judiciário, o juiz teria poderes opressores⁵⁴. Assim, de acordo com Montesquieu “Tudo estaria perdido se o mesmo homem, ou mesmo corpo de principais, ou de nobres ou do povo, exercesse esses três poderes: o de fazer as leis, o de executar as resoluções públicas, e o de julgar os crimes ou as pendências entre

⁵⁰ Alguns autores destacam o fato de que a obra de Montesquieu ao se inspirar na Constituição da Inglaterra inspira-se em uma Constituição Mista, isto é, em uma Constituição típica do direito medieval, que reúne uma pluralidade de fontes normativas fruto de diversas forças sociais e políticas. Nesse sentido, a divisão de poderes inglesa era uma maneira de assegurar que todas as forças sociais e políticas tivessem representatividade política e, por consequência, fosse estabelecida a uma pacificação social. Sob essa ótica é a leitura feita por SAMPAIO, José Adércio Leite. **A Constituição Reinventada pela Jurisdição Constitucional**. Belo Horizonte: Del Rey, 2002, p. 427. No mesmo sentido, J. A. Guilhon Albuquerque afirma que ao buscar compreender como funcionam as instituições inglesas, Montesquieu queria saber como se dava a distribuição do poder entre as diferentes forças sociais e políticas da sociedade, de modo que era possível garantir a estabilidade da monarquia, que já não poderia depender somente da nobreza. Montesquieu explica que a estabilidade da monarquia era possível porque cada uma das forças reais da sociedade – a nobreza representando o rei e a burguesia representando o povo – expressavam-se através de instituições políticas. Assim, a moderação era obtida porque cada uma das forças políticas eram independentes e capazes de se contraporem. Nesse sentido, Albuquerque explica que o que a teoria de Montesquieu busca resolver “É um problema político, de *correlação de forças*, e não um problema jurídico-administrativo, de organização de funções.” (Montesquieu: sociedade e poder..., p. 116).

⁵¹ José Adércio Leite Sampaio descreve a teoria de separação de poderes como um resumo das ideias de Aristóteles, Políbio, Marcílio de Pádua, Harrington, Locke, Swift e Bolingbroke que foram sintetizadas e aprimoradas por Montesquieu. (**A Constituição Reinventada pela Jurisdição Constitucional**..., p. 425-426).

⁵² **Ciência Política**..., p. 138-139.

⁵³ **Do espírito das leis**. Tradução: Jean Melville. São Paulo: Martin Claret, 2006, p. 165.

⁵⁴ Idem, Ibidem.

particulares.”⁵⁵ Ainda, era preciso que os poderes tivessem independência, por isso Montesquieu defende que os três poderes deveriam ser dotados da faculdade de ordenar por si mesmos (*faculte de statuer*) e de impedir determinações abusivas feitas pelos outros poderes (*faculte d’empêcher*)⁵⁶.

Tal como Locke, Montesquieu não defende uma equivalência entre os três poderes, afirma apenas que há uma interdependência entre eles. Nessa linha sugere que o poder de julgar não deve ser atribuído a um corpo permanente, mas a um grupo de pessoas do povo eleitas periodicamente para compor um tribunal temporário⁵⁷. Assim, o poder de julgar, qualificado por Montesquieu como um poder terrível, não é propriedade de uma certa classe nem de uma certa profissão, torna-se invisível e nulo. Com isso, obtém-se uma impessoalidade no poder de julgar, fazendo com que a sociedade não tema os magistrados, mas a magistratura⁵⁸. Desse raciocínio decorre a conhecida frase do autor: “Dos três poderes de que falamos, o de julgar é de certo modo nulo.”⁵⁹

O princípio da separação de poderes tem suscitado grandes polêmicas e debates⁶⁰ que se caracterizam por posições fundamentalistas tanto para a sua

⁵⁵ Idem, Ibidem. Não é demais lembrar que o poder soberano é uno, de modo que quando há a referência à divisão de poderes, trata-se, na realidade, de uma divisão de funções do Estado, isto é, competências jurídicas atribuídas ao Estado para cumprir certa finalidade. (CLÈVE, Clémerson. Merlin. **Atividade Legislativa do Poder Executivo**..., p. 29-31).

⁵⁶ Montesquieu quer encontrar a fórmula de um governo moderado, por isso, na linha de J. A. Guilhon de Albuquerque, que por sua vez segue as interpretações de Althusser e Eisenmann, entende-se que na separação de poderes de Montesquieu, apesar de rígida, de modo que um poder não poderia assumir as funções do outro, havia uma clara imbricação de funções e uma interdependência entre os poderes que garantiam a moderação e se revelam em passagens como essa: “Se o poder executivo não tivesse o direito de frear as ações do corpo legislativo, este seria despótico; pois ao atribuir todo o poder que possa imaginar, aniquilaria todos os outros poderes.” (**Do espírito das leis**..., p. 171).

⁵⁷ Idem, p. 167. Para José Adércio Leite Sampaio, a originalidade de Montesquieu em relação às doutrinas anteriores está na criação de um corpo doutrinário destinado exclusivamente ao poder de julgar, que antes era identificado ou com o poder legislativo ou com o poder executivo. (**A Constituição Reinventada pela Jurisdição Constitucional**..., p. 426).

⁵⁸ Foi em virtude das características elencadas por Montesquieu ao poder de julgar que, na França, esse poder foi denominado de “autoridade judiciária”, de modo que se evitava assim uma posição destaque ou um *status* de poder à magistratura. (ANTUNES, Cármen Lúcia Rocha. O juiz na nova ordem estatal. In: **Perspectivas do Direito Público** - Estudos em Homenagem a Miguel Seabra Fagundes. ANTUNES, Cármen Lúcia Rocha (Coord.). Belo Horizonte: Del Rey, 1995, p. 251).

⁵⁹ **Do espírito das leis**..., p. 169. O papel designado por Montesquieu ao Poder Judiciário teve grande influência na concepção de jurisdição do positivismo-liberal, a qual se retomará no item seguinte.

⁶⁰ José Filomeno Moraes Filho defende que a separação de poderes seja provavelmente um dos temas mais controversos do pensamento político constitucional. Nesse sentido, aponta que para alguns, Montesquieu elaborou a teoria da separação de poderes como técnica de garantia da

defesa quanto para sua rejeição⁶¹. No entanto, a essência de sua teoria está em encontrar arranjos institucionais que impeçam que uma força política prevaleça sobre outra, legislando, executando ou julgando de modo tirânico⁶². Assim, na sua concepção, o regime ideal só é alcançado quando as forças reais da sociedade podem se expressar através das instituições políticas, de maneira que nenhuma instituição pudesse moderar o poder das demais⁶³.

Com Locke e Montesquieu fica para trás o Estado Absolutista e lançam-se as bases da estrutura do Estado Liberal e do próprio constitucionalismo. Enfim, os poderes do Estado são limitados pelos direitos naturais e pela descentralização do poder. Contudo, permanece não resolvido o problema da legitimidade da titularidade do poder soberano, atribuído por Bodin e por Hobbes ao monarca absolutista⁶⁴. Foi

liberdade, para outros como meio para conciliar potências sociais em conflito. Lembra que Canotilho chega a afirmar que a rigorosa separação de poderes na obra de Montesquieu é um mito. Ainda, traz a afirmação de Loewenstein de que a ideia de separação de poderes é uma perfeita ilustração do pensamento mecanicista do séc. XVIII, destacando que não é um princípio essencial ao exercício do poder político e não é uma verdade evidente e válida para todos os tempos; sua criação foi influenciada pela ideologia política liberal na sua luta contra o absolutismo monárquico. Jellinek em Teoria Geral do Estado (1973) defende que a divisão de poderes nunca existiu, que o poder possui uma unidade indivisível, sendo divisível apenas o objeto do poder ou quando muito a competência para o seu exercício. Enfim, Kelsen recorda que a separação tricotômica dos poderes corresponde aos estágios de criação e aplicação do direito, de modo que existiriam na realidade apenas duas funções do Estado, a *legis lato* criação e *legis executio* aplicação. Para o autor é impossível querer atribuir a criação do direito a um órgão e a sua aplicação a outro de modo tão estanque que nenhum deles realize simultaneamente ambas as funções. (Separação de poderes. In: **Teoria da Constituição: Estudos sobre o Lugar da Política no Direito Constitucional**. SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; BERCOVICI, Gilberto; MORAES FILHO, José Filomeno; LIMA, Martonio Mont'Alverne B. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003, p. 154-158). Ainda, para um breve resumo, das críticas formuladas por Condorcet, Duguit, Jellinek, Malberg, Eisemann e Loewenstein à teoria de Montesquieu, confira-se CLÉVE, Clèmerson Merlin. **Atividade Legislativa do Poder Executivo...**, p. 31-33.

⁶¹ Sobre função do princípio da separação de poderes na Constituição de 1988 e a sua interpretação diante de uma jurisdição constitucional pautada pelos ditames da democracia, voltar-se-á no item 3.1.

⁶² José Adércio Leite Sampaio lembra que as críticas formuladas à teoria de Montesquieu estão ligadas ao dogma da separação de poderes, o qual encobre o sentido funcional de sua teoria, que pretende na realidade "... promover a ascensão de uma classe ao poder, garantir a eficiência, técnica e política, do governo, a limitação de seus poderes e, com isso, proteger a liberdade dos cidadãos notadamente a salvaguarda da esfera da autonomia privada ou do livre desenvolvimento de sua personalidade..." No entanto, lembra que algumas leituras feitas do princípio da separação de poderes de Montesquieu, como a feita por Habermas (a partir da obra de Klaus Günther) indica um acerto nas linhas programáticas da teoria que converge com uma divisão funcional feita pela lógica-argumentativa. (**A Constituição Reinventada pela Jurisdição Constitucional...**, p. 429). Sobre o tema, voltar-se-á com maior profundidade no item 2.4.3.

⁶³ ALBUQUERQUE, J. A. Guilhon. Montesquieu: sociedade e poder..., p. 120.

⁶⁴ Álvaro Ricardo de Souza Cruz destaca que Locke já trazia uma importante contribuição para a teoria da democracia representativa, uma vez que entendia que a legitimidade do direito e do Estado tinha como fonte a sociedade e o processo eleitoral. Afirma o autor que "... Locke supunha uma marcada distinção entre Estado e sociedade, dando bases racionais à legitimidade do Direito,

somente com Jean-Jacques Rousseau que a atribuição do poder soberano ao monarca passou a ser questionada e resgatou-se o debate democrático. Sua importância máxima reside na transferência da soberania das mãos do monarca absolutista para as mãos do povo. Por isso, pode-se afirmar que Rousseau, o pensador democrático por excelência, se ocupou da ideia de soberania, e não de constituição.

Rousseau tinha como objetivo principal a garantia da liberdade dos indivíduos. No entanto, é preciso esclarecer que a liberdade a que se refere é a *liberdade dos antigos*, aquela que se identifica com a ideia de autonomia pública, isto é, as pessoas são livres apenas quando obedecem a si próprias, realizando as ações que elas prescrevem a si mesmas; portanto, obedecendo às leis que são elaboradas de acordo com suas consciências⁶⁵. No entanto, prevendo que o exercício ilimitado dessa liberdade poderia levar ao caos, a uma luta de todos contra todos, Rousseau formula a conhecida ideia de contrato social, na qual cada um abre mão de parcela de sua liberdade individual para criar uma nova liberdade, a *liberdade convencional*⁶⁶.

Por isso, a liberdade só é possível em sociedade quando a pessoa do súdito coincidir com a do governante, ou seja, quando os autores das leis são seus próprios destinatários, quando a lei obedecida tem conteúdo igual ao da sua própria vontade. Assim, para Rousseau, a liberdade é fruto da convergência entre a ideia de legalidade e de legitimidade. Só garante a liberdade uma lei legítima, aquela elaborada pelo poder soberano do povo. Para garantir a liberdade como autonomia

com base no princípio da soberania majoritária. Assim, a sociedade poderia programar e fiscalizar a ação administrativa do Estado, e a Constituição regularia os interesses sociais entre os vários agentes políticos da sociedade.” (**Jurisdição Constitucional Democrática...**, p. 71). No entanto, é preciso observar que Locke não formula uma teoria da democracia com fundamento da soberania popular, o que é feito apenas por Rousseau ao radicalizar a ideia de que toda soberania encontra-se nas mãos do povo, não sendo possível nem mesmo uma limitação através da Constituição.

⁶⁵ A liberdade dos antigos contrapõe-se à liberdade dos modernos da mesma forma que a liberdade positiva contrapõe-se à liberdade negativa. A primeira consiste na possibilidade de o indivíduo orientar seus atos de acordo com sua própria vontade, sem estar submetido à vontade de outrem, é a liberdade como autodeterminação individual ou autonomia pública. A segunda é a liberdade como não constrangimento, ausência de impedimento da lei. Rousseau exalta a liberdade dos antigos e reduz a nada a liberdade dos modernos, motivo pelo qual foi amplamente *criticada*: “Quanto mais bem constituído for o Estado, tanto mais os negócios públicos sobrepujarão aos particulares no espírito dos cidadãos. Haverá até um número menor negócios particulares, porque a soma da felicidade comum, ao favorecer uma porção mais considerável à felicidade de cada indivíduo, leva-o, por isso, a buscar menos em seus assuntos particulares.” (**Do Contrato Social: Princípios do Direito Público**. Tradução: JUNIOR, Cretella J.; CRETELLA, Agnes. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002, p. 124-125).

⁶⁶ Idem, p.31-33.

pública, Rousseau concede ao povo a titularidade do poder soberano, e, para assegurar sua integridade, qualifica a soberania popular como *absoluta*⁶⁷, devendo conservar apenas a integridade da vontade geral do povo; *inalienável*⁶⁸, na medida em que não pode ser representada; e *indivisível*⁶⁹, porque é constituída da vontade geral⁷⁰.

Por ser *absoluta*, a soberania popular não pode ser condicionada por uma constituição, está acima de qualquer lei fundamental, comprometida apenas com a preservação da integridade do poder soberano. O papel de uma constituição é delimitar quais são as instituições que devem auxiliar a elaboração da lei, por isso deve ocupar-se somente dos poderes derivados e subordinados à soberania popular⁷¹. Em síntese, a constituição não pode disciplinar a soberania popular, a qual está fora e acima da dela. Nesse sentido, Rousseau é muito claro: "...seja qual for a situação, o povo é sempre soberano para mudar as leis, mesmo as melhores, pois se for de seu agrado fazer o mal a si mesmo, quem terá o direito de impedi-lo?"⁷².

É importante anotar que nem mesmo os direitos naturais são colocados por Rousseau como limites para o exercício da soberania popular. Desse modo, a constituição de Rousseau pode ser alterada livremente, desde que seja conforme a vontade geral expressa pelo legislador⁷³. A lei e o legislador ganham um prestígio

⁶⁷ "Assim como a natureza dá a cada homem um poder absoluto sobre todos os seus membros, o pacto social dá um poder absoluto a todos os seus, e este é o mesmo poder que, dirigido pela vontade geral, traz, como já disse, o nome de soberania." (Idem, p. 51).

⁶⁸ "Afirmo, pois, que a soberania, por ser apenas o exercício da vontade geral, não pode jamais se alienar, e que o soberano, que não é senão um ser coletivo, só pode ser representado por si mesmo. O poder pode ser transmitido, mas não a vontade." (Idem, p. 45).

⁶⁹ "A soberania é indivisível pela mesma razão que é inalienável, pois a vontade ou é geral, ou não o é; ou é o corpo do povo, ou somente de uma parte. No primeiro caso, essa vontade declarada é um ato de soberania e faz lei; no segundo, não passa de uma vontade particular ou de um ato de magistratura e, quando muito, de um decreto." (Idem, p. 47).

⁷⁰ "... só a vontade geral pode dirigir as forças do Estado de acordo com a finalidade de sua instituição que é o bem comum. (...) É o que existe de comum a esses vários interesses que forma o vínculo social e, se não houvesse um ponto em que todos os interesses concordassem, nenhuma sociedade poderia existir. Ora, somente com base nesse interesse comum é que a sociedade deve ser governada." (Idem, p. 45).

⁷¹ FIORAVANTI, Maurizio. **Constitución. De la Antigüedad a nuestros días...**, p. 85.

⁷² **Do Contrato Social...**, p. 47

⁷³ A vontade geral não se alcança de forma procedimental (soma numérica), mas *substancial*, através do resgate da natureza humana "compassiva" que foi perdido no transcorrer do processo civilizatório. A posição de Rousseau é criticada por suprimir a autonomia privada quando

muito superior ao da Constituição, já que o ato legislativo é capaz de revelar e renovar a noção fundamental do contrato social, isto é, o legislador e a lei são a afirmação constante da soberania popular como absoluta e ilimitada, uma vez que o legislador expressa na lei a vontade geral que não está sujeita a nenhum condicionamento e aplica-se universalmente.

Ainda, deve-se destacar que por ser ilimitada e inalienável, a soberania não é delegável. Permanece sempre nas mãos do povo. Desse modo, caso o governo se aproveite de sua posição para colocar a lei a serviço dos seus interesses particulares, o povo soberano pode retomar o poder delegado parcial e temporariamente para os governantes. Da mesma forma, a soberania popular também não pode ser representada, razão pela qual Rousseau defende a democracia direta como o único regime capaz de assegurar a liberdade⁷⁴.

A reivindicação da soberania popular é a grande contribuição dada por Rousseau para a formação do Estado Moderno e para o resgate da democracia. Apesar de poder ser considerada utópica e algumas vezes totalitária, à medida que não limita o poder soberano nem mesmo com os direitos naturais do homem⁷⁵, sua teoria contribui de forma decisiva para a implementação da democracia moderna e possui notável influência nas ideias democráticas proclamadas pela Revolução Francesa. A soberania popular clamada por Rousseau é o segundo pilar, ao lado da

defende uma simbiose entre indivíduo e comunidade, o que refletiria seu potencial totalitário. (SALDANHA, Nelson. **A Formação da Teoria Constitucional...**, p. 26).

⁷⁴ De acordo com Rousseau "... a vontade de forma alguma se representa: ou é ela mesma ou é outra, não há meio-termo. Dessa forma, os deputados do povo não são, nem podem ser, seus representantes; não passam de seus comissários, nada podendo concluir definitivamente. É nula toda a lei que o povo diretamente não ratificar e, em absoluto, não é lei." Em virtude da adoção de um sistema representativo, Rousseau afirma que "O povo inglês pensa ser livre, mas se engana, pois é somente durante a eleição dos membros do parlamento; logo que são eleitos, ele é escravo, não é nada. Durante os breves momentos de sua liberdade, o uso que faz dela, mostra que bem merece perdê-la." (**Do Contrato Social...**, p. 125-126).

⁷⁵ A defesa de que é legítima toda lei que represente a vontade geral rendeu a Rousseau diversas críticas, dentro as quais se destacam as considerações de Benjamin Constant (que serão retomadas adiante) e de outros teóricos que viveram durante o período da Restauração francesa. Gustavo Binenbojm destaca que o impacto da ideia de legalidade-legitimidade de Rousseau foi tão grande que o autor do *Contrato Social* chegou a ser acusado de fornecer os alicerces para os regimes totalitários. (**A nova jurisdição constitucional brasileira**. 2ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2004, p. 21). Entretanto, Clève explica que Rousseau não é responsável pelo totalitarismo, apenas entendia que a liberdade estava ligada intrinsecamente ao poder. (**Atividade Legislativa do Poder Executivo...**, p. 47). Para Bobbio atribuir a Rousseau a paternidade dos regimes totalitários "é uma polêmica tão generalizada quanto errônea. Embora sustentando que o pacto social dá ao corpo político um poder absoluto, Rousseau também sustenta que 'o corpo soberano, da sua parte, não pode sobrecarregar os súditos com nenhuma cadeia que seja inútil à comunidade'." (**Liberalismo e Democracia...**, p. 09).

limitação do poder teorizada por Locke e Montesquieu, que sustenta a base do Estado Moderno.

Portanto, a *centralização do poder e a soberania do monarca* vigentes no Estado Absolutista são contestadas pelos teóricos liberais-iluministas com as ideias de *limitação do poder e soberania popular*, as quais formam a base do constitucionalismo e da democracia moderna, respectivamente. O constitucionalismo, de matriz flagrantemente liberal, vem com a ideia (pela qual lutaram Locke e Montesquieu) de limitação do poder para proteção de direitos naturais que preexistem ao contrato social. A democracia, resgatada pelo iluminismo em razão da ascensão do homem ao centro da sociedade, ressurgiu modernamente com a transferência da soberania das mãos do soberano para as mãos do povo⁷⁶.

Assim, constitucionalismo e democracia caracterizam o Estado Moderno, em que pese seus objetivos sejam evidentemente distintos. Por um lado, o constitucionalismo-liberal visa à limitação do poder soberano, seja ele exercido por um monarca, por uma assembleia ou pelo próprio povo. Na visão constitucionalista-liberal, o poder não pode estar concentrado em nenhuma instituição, pois, por melhores que sejam suas intenções, há sempre uma tendência à tirania. Por outro lado, a democracia calcada na soberania popular quer concentrar todo o poder soberano nas mãos do povo, não admitindo qualquer espécie de limitação, renegando, inclusive, a limitação pretendida pelo constitucionalismo-liberal⁷⁷.

⁷⁶ Vale ressaltar que apesar de serem, a princípio, absolutamente convergentes, liberalismo e democracia partem de um ponto comum: o individualismo em oposição ao organicismo. No entanto, os indivíduos a que se referem liberalismo e democracia são divergentes, ou melhor, o interesse individual que o primeiro se propõe a proteger é diverso do interesse individual protegido pelo segundo. As relações entre indivíduo e sociedade são compreendidas pela democracia e pelo liberalismo de forma diferente. Enquanto o liberalismo exalta a autonomia do indivíduo em relação à sociedade e o coloca como protagonista das atividades desempenhadas fora do Estado, a democracia associa os indivíduos livres para formar a sociedade e encontra o protagonismo do indivíduo na tomada de decisões públicas. O liberalismo busca reduzir ao máximo o poder público enquanto a democracia compõe esse poder público como a soma das vontades individuais. (BOBBIO, Norberto. Idem, p. 45-48).

⁷⁷ Nesse sentido, Cláudio Pereira Souza Neto destaca que a oposição entre constitucionalismo e democracia pode ser observada inclusive sob a ótica do surgimento dos primeiros debates teóricos que plantaram os germes de ambas as ideias. Assim, explica que “Essa ausência de identidade quanto aos objetivos fica especialmente clara quando observada sob o prisma das ideias políticas modernas. Primeiro surge a tentativa de se limitar o poder do Estado, através das obras de autores como Locke e Montesquieu. Depois é que se retorna, modernamente, a compreensão de que o poder político só é legítimo quando exercido pelos próprios destinatários, com Rousseau e com a Revolução Francesa.” (**Teoria da Constituição e Democracia Deliberativa...**, p. 55).

Desse modo, ao final do séc. XVIII, duas correntes do pensamento político moderno já havia se consolidado: o constitucionalismo na defesa da limitação do poder e as doutrinas da soberania popular como meio de organização política. Essas correntes foram vistas como formas opostas de compreensão do Estado. O constitucionalismo acreditava que a soberania popular provocaria uma ruptura na ordem constitucional, acabando com o vínculo político entre o povo e os poderes constituídos e, conseqüentemente, colocando em jogo a própria constituição, que continha em si, no caso da Inglaterra, o mecanismo de equilíbrio entre os poderes como forma de proteção dos direitos dos indivíduos. Já os teóricos da soberania popular entendiam que a constituição era um meio para perpetuar e preservar os poderes do rei e das aristocracias, sendo necessário reconstruir a ordem política com suporte na soberania popular. Como bem sintetiza Maurizio Fiovaranti, “A constituição temia a soberania e o povo soberano temia a constituição.”⁷⁸

Essa tensão entre constitucionalismo e soberania popular, que se desenhou no plano teórico durante os séculos XVI e XVII e se consolidou no final do séc. XVIII, com os aportes das teorias jusnaturalistas e contratualistas acima analisados, foi objeto de intensos debates e disputas no momento decisivo de ruptura com o Estado Absolutista e de inauguração do Estado Liberal⁷⁹: nas Revoluções⁸⁰ Americana e Francesa⁸¹.

⁷⁸ FIORAVANTI, Maurizio. **Constitución. De la Antigüedad a nuestros días...**, p. 102-103.

⁷⁹ As revoluções destruíram a estrutura dos Estados Absolutistas inspiradas nos ideais da burguesia emergente para inaugurar o Estado Liberal. Foram acompanhadas “... da gradual implementação de um modo urbano de vida, mais a ascensão da burguesia, mais a instauração do capitalismo, mais as alterações religiosas, e mentais que vieram junto a tudo isso...” (SALDANHA, Nelson. **Estado Moderno e Separação de Poderes...**, p. 25). A primeira Revolução Liberal foi a Revolução Gloriosa de 1688. A Revolução Liberal inglesa é uma revolução à parte. Primeiro, porque talvez não seja possível chamá-la de revolução, já que não houve um rompimento com a ordem jurídica anterior, houve apenas ajustes: o parlamento continuou a comandar com a cooperação do rei e a Constituição era a própria ordem vigente. Assim, não houve preocupações com o poder constituinte e com a elaboração de uma constituição escrita, por exemplo. Nesse sentido, o constitucionalismo inglês é atípico: “Ele é feudal e central, é monárquico e liberal, é tradicional e aberto.” (SALDANHA, Nelson. **A Formação da Teoria Constitucional...**, p. 54). Algumas tentativas de consagrar a ideia de lei fundamental no sistema inglês foram feitas, dentre elas a defesa da supremacia do *commun law* pelo Sir. Edward Coke e os aportes decorrentes da teoria do contrato social de John Locke. Todavia, impera no sistema inglês, desde o séc. XVIII até os dias de hoje, o princípio da supremacia do parlamento, defendido de maneira veemente por Blackstone, poucos anos antes da Revolução Americana. (ENTERRÍA, Eduardo Garcia de. **La Constitución como Norma y el Tribunal Constitucional**. 3ª. ed. Madrid: Editorial Civitas, 1983, p. 51).

⁸⁰ De acordo com Saldanha a ideia de Revolução é uma noção burguesa liberal, uma vez que na Idade Média não havia os dois elementos fundamentais para a caracterização desse ideário revolucionário. Primeiro, não se podia falar em direito de resistência, qualquer ação violenta que visasse colocar abaixo o modelo vigente era impensável. Segundo, não havia a noção de história

É preciso ressaltar que a historiografia a respeito dessas Revoluções e da natureza da relação existente entre elas é muito ampla e abrangente, podendo seguir por diversas linhas de abordagem⁸². No entanto, concentrar-se-á apenas na forma como cada uma das Revoluções operou a interação entre constitucionalismo e democracia, uma vez que é do resultado dessa combinação que decorrem as principais razões que levaram Estados Unidos e França a seguirem por caminhos distintos no que tange à criação de uma instituição responsável pelo controle de constitucionalidade das leis democráticas.

Para alcançar esse objetivo, é fundamental compreender como cada uma das Revoluções utilizou a noção de *poder constituinte* e o papel que atribuiu aos *direitos naturais*⁸³.

Quanto à importância do papel desempenhado pelo poder constituinte na interação entre constitucionalismo e soberania popular feita pelas Revoluções, Fioravanti explica que, na prática, o exercício do poder constituinte continha uma expressão da soberania popular inigualável, que possibilitava a qualquer sujeito coletivo construir uma nova forma política, rompendo toda e qualquer estabilidade que era tão cara ao constitucionalismo. Contudo, nas Revoluções acontecia algo

como progresso, já que dominava uma sociedade leiga e classista que não era capaz de se conceber de outra forma. (**A Formação da Teoria Constitucional...**, p. 26-27).

⁸¹ Para Arendt, a Revolução Francesa não foi uma revolução propriamente dita, mas uma rebelião, pois o seu objetivo foi a libertação enquanto o objetivo da revolução é a instituição da liberdade. É preciso distinguir libertação e liberdade. De nada vale a rebelião e a libertação se na sequência não houver a revolução e a instituição de uma Constituição da liberdade. (**A Revolução...**, p. 114).

⁸² Norberto Bobbio relata que para Thomas Paine as Revoluções possuíam uma relação de continuidade, de modo que a Revolução Americana teria aberto as portas para o desenrolar da Revolução Francesa. Na defesa de sua tese afirmava que "... eram idênticos os princípios inspiradores, bem como o seu fundamento, o direito natural; idêntico era o seu desfecho, o governo fundado no contrato social, a república como governo que rechaça para sempre a lei da hereditariedade, a democracia como governo de todos." Contudo, a relação entre as Revoluções é bem complexa e ocupou grande parte dos historiadores nos últimos duzentos anos, os quais buscaram saber, principalmente, qual foi a razão determinante das revoluções e qual delas é superior política e eticamente. (BOBBIO. N. **A Era dos Direitos**. Tradução: Carlos Neslon Coutinho. 16ª tiragem. Rio de Janeiro: Campos, 1992, p. 89).

⁸³ Vale destacar, porém, que em ambas as Revoluções a ideia de poder constituinte tem suas raízes no contratualismo, influenciado pela ideia de igualdade e racionalidade, das quais decorre que o poder só pode ser fruto de um consentimento. O direito natural, por sua vez, deixa de ser um fato para tornar-se fruto da razão humana. Vilhena explica que, na prática, a teoria do poder constituinte surge tanto na França quanto nos EUA pela necessidade de resolver o problema da representação. O poder político ordinário passa a ser exercido por representantes dos cidadãos. No entanto, como na prática não havia um contrato social apto a delegar esse poder para os representantes, a saída foi formular a um poder superior que representasse a vontade popular e delegasse e limitasse o poder para os representantes. Esse poder se concentrou na Constituição. (**A Constituição e sua reserva de justiça...**, p. 42).

extraordinário, a mesma vontade soberana que se autoproclamava rompendo a estabilidade, utilizava do seu poder soberano para se unir em torno da construção de uma nova constituição, que recuperaria a estabilidade. Por isso, o autor afirma que “O poder constituinte das revoluções pode ser representado como o ponto em que as distintas e opostas tradições, da soberania e do constitucionalismo, tendem a confluir, a relacionar-se.”⁸⁴

Inicia-se com a Revolução Americana, que pode ser dividida em duas fases: a Declaração de Independência em 1776 e a construção de uma nova ordem constitucional em 1789⁸⁵.

Na primeira fase, a da Independência, duas ideias de Locke tiveram influência determinante: a existência de um direito natural superior, preexistente ao estado civil e capaz de limitar até mesmo o Parlamento, e a legitimidade da desobediência civil. Seguindo essa linha, os colonos argumentaram possuir direitos naturais que estavam acima do direito positivo produzido pelo Parlamento, de modo que se a Coroa permanecesse insistindo em não reconhecê-los, estaria dando legitimidade para os colonos americanos romperem seus laços com a Inglaterra⁸⁶.

⁸⁴ FIORAVANTI, Maurizio. **Constitución. De la Antigüedad a nuestros días...**, p. 103-104.

⁸⁵ De acordo com Oscar Vieira Vilhena a Revolução Americana é caracterizada por um “... dualismo constitucional”, ou seja, desenvolve-se em duas etapas, a da ruptura com a Coroa Inglesa e a da fundação da nova ordem constitucional. (**A Constituição e sua reserva de justiça...**, p. 47).

⁸⁶ Em 1761, James Otis, no famoso Writs of Assistent case, repudia as medidas tributárias da Coroa em relação aos colonos por serem contrárias ao *fundamental principles of law*, do qual decorre a máxima de que *an act against Constitution is void* não devendo ser aplicado pelos tribunais (the Courts must pass such act into disuse). (ENTERRÍA, Eduardo García de. **La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional...**, p. 51). A primeira manifestação forte dos colonos contra a Coroa e o Parlamento ocorreu em 1763, quando os colonos americanos sentiram-se injustiçados pela cobrança de tributos por parte do Parlamento inglês, onde não possuíam representação. Em virtude da ausência de representatividade política da colônia no Parlamento inglês, os colonos invocaram em sua defesa contra a cobrança de tributos um dos princípios mais tradicionais do direito inglês que determinava que somente uma assembleia de representantes legítimos está autorizada a instituir tributos, daí a famosa frase *no taxation without representation*. Com essa argumentação, os colonos passaram a considerar que o direito natural de só ser tributado pelos seus representantes, inserto na Constituição Inglesa, estava acima das leis do Parlamento. Tanto é que, na Assembleia da Virgínia de 1763, o tributo cobrado pelo parlamento inglês foi considerado *ilegal, inconstitucional e injusto*. Fioravanti anota que essa é a primeira vez que o termo constitucional foi utilizado para considerar inválida uma lei geradora de uma obrigação legítima. (**Constitución. De la Antegüedad a nuestros días...**, p. 104). No ano seguinte, James Otis publica um artigo dedicado aos *The rights of British Colonist*, buscando solucionar o impasse com a Inglaterra através da ideia de direitos naturais do homem britânico. Com inspiração em Locke, deixa claro que em casos extremos em que o Legislativo traísse a confiança do povo, violando os direitos do indivíduo (como estava sendo feito pelo Parlamento inglês em relação aos colonos americanos), esse estaria autorizado a abolí-lo (FIORAVANTI, Maurizio. Idem, p. 105). Também em 1774, Sharp, no livro *A declaration of the people's natural right to a share in the legislature*, defende com base na Magna Carta que o julgamento pelos pares é o primeiro e mais fundamental direito da Constituição, de modo que o julgamento de americanos ou irlandeses pela Inglaterra era um *unconstitutional act of Parliament*. Ser

Foi essa mesma linha de raciocínio utilizada por Thomas Jefferson em 1776 na Declaração de Independência, quando afirmou que em situações de tirania e violação aos direitos do homem, o povo estava autorizado a exercer o seu poder soberano e a impor uma Constituição. Ou seja, o poder constituinte e a sua constituição são vistos como um momento de ruptura inevitável, quando o povo americano se viu obrigado⁸⁷ a exercer sua soberania abolindo um governo tirânico e violador dos direitos do homem. Com essa fundamentação, rompem-se os laços com a Coroa e declara-se a soberania popular do povo americano. Nascia, assim, o povo soberano dos Estados Unidos da América, que no usufruto da soberania poderia instituir uma nova ordem política, ou seja, poderia exercer o poder constituinte soberanamente.

Na segunda fase da Revolução, da construção de uma nova ordem constitucional através do exercício do poder constituinte do povo soberano, Locke também esteve presente de forma decisiva com a ideia de um governo calcado no consentimento dos cidadãos. A ideia de um consenso que poderia ser obtido através de um contrato social foi o núcleo fundamental da nova ordem. O objetivo agora era instituir uma nova ordem política e social com fundamento na soberania popular⁸⁸.

julgado pelos seus pares e ser tributado por seus legítimos representantes são as duas razões que animaram a Revolução e que possuem fundamento na própria ideia de leis fundamentais da Constituição Inglesa, as quais tem origem em direitos naturais eternos e imutáveis. Nessa linha é o pronunciamento de Lord Camden no Parlamento Inglês em 1765: “impostos e representação [parlamentar] estão inseparavelmente unidos; ‘Deus os uniu e nenhum Parlamento britânico pode lhes separar.’” (ENTERRÍA, Eduardo García de. **La Constitución como Norma y el Tribunal Constitucional...**, p. 52). Ainda, Thomas Cooley relata que a violação de quatro direitos impulsionava as reclamações dos colonos: “... 1.^a) a imposição de impostos sem o consentimento dos representantes do povo; 2.^a) a manutenção do exército em tempos de paz; 3.^a) a recusa do júri composto de vizinhos em alguns casos, e o transporte para a Grã-Bretanha de pessoas acusadas de crimes cometidos na América, a fim de lá sofrerem o respectivo processo; 4.^a) expor a propriedade do cidadão a buscas e sua pessoa, papéis, bens a sequestro por ordem judicial.” (**Princípios Gerais de Direito Constitucional nos Estados Unidos da América**. Tradução: Ricardo Rodrigues Gama. Campinas Russel, 2002, p. 21).

⁸⁷ Fioravanti observa que a Declaração de Independência dos Estados Unidos possui uma natureza dúplici: por um lado afirma o orgulho do poder soberano de romper com um governo injusto e violador dos direitos individuais; por outro, que a revolução era uma “necessidade” do povo norte-americano, que tentou de todos os modos evitar a ruptura para manter-se dentro do universo histórico-cultural dos *britishmen*. (**Constitución. De la Antigüedad a nuestros días...**, p. 105).

⁸⁸ Nessa perspectiva os Estados, onde as Assembleias de representantes do povo já estavam instituídas, apressaram-se em elaborar suas Constituições e acabaram recebendo fortes críticas em virtude de terem se auto-delegado o poder de fazer uma Constituição, confundindo a manifestação constituinte com manifestação da política cotidiana. Diante dessas críticas, diversas cidades de Massachusetts recusaram-se a ratificar a deliberação feita por sua Assembleia. Assim, em 1779 foi convocada a primeira Convenção Constitucional a ser composta por um grupo de representantes eleitos com a finalidade exclusiva de elaborar a Constituição. A ideia de consentimento era tão forte que após a deliberação, o texto final elaborado deveria ser submetido à ratificação dos cidadãos. De acordo com Vilhena essa forma de elaboração da Constituição “... é um

A proposta de uma constituição para os EUA veio apenas em 1785, quando a Confederação já se mostrava incapaz de governar e iniciou-se uma profunda crise econômica. Nesse contexto, Hamilton convoca os Estados a enviarem seus delegados para a Convenção da Filadélfia a fim de reformar os artigos da Confederação, criando um governo federal nos mesmos moldes procedimentais utilizado por Massachussets. Como o objetivo da Convenção era a reforma de alguns artigos da Confederação, não se tem como preocupação buscar uma justificativa para o poder do povo de instituir um novo governo⁸⁹. A preocupação é demonstrar que o novo documento submetido à ratificação era fruto de deliberações legítimas que visavam sanar os problemas por que passaram a Confederação nos seus primeiros anos⁹⁰.

É nesse momento, do exercício do poder constituinte do povo norte-americano, que surgem os debates acerca do papel da constituição. Um dos entendimentos que mais influenciaram foi o de James Madison, para quem a constituição tinha a função de evitar os prejuízos típicos de governos controlados por

novo paradigma para a concepção e justificação das Constituições.” (**A Constituição e sua reserva de justiça...**, p. 49) No entanto, de acordo com Benjamin Fletcher Wright essa pressa em elaborar uma Constituição aconteceu porque os colonos americanos se habituaram às leis constitucionais escritas através das cartas régias e instruções da Coroa presentes no período colonial. Todas as colônias tinham uma história de governo regido pela lei. Assim, quando ocorreu a Revolução a reação dos americanos para elaborar uma Constituição escrita foi quase automática, pois para eles “... sem tais documentos, os governos legítimos, corretos e idôneos não poderiam funcionar.” (WRIGHT, Benjamin Fletcher. Introdução. In: **O Federalista**. Tradução: Heitor Almeida Herrera. Brasília: UNB, 1984, p. 75).

⁸⁹ Nesse sentido Arendt explica que a questão central da Revolução Americana não era como limitar o poder, todos estavam de acordo com a instituição de um governo constitucional. Assim, a dúvida que pairava era como estabelecer esse poder, como fundar um novo poder. (**A Revolução...**, p. 118).

⁹⁰ VILHENA, Oscar Vieira. **A Constituição e sua reserva de justiça...**, p. 51. Com esse objetivo, em 1788, John Jay, James Madison e Alexander Hamilton escrevem uma série de artigos publicados na imprensa de Nova York (que vinham assinados como *Publius*) para explicar a nova Constituição e seus benefícios, mas também para responder às críticas dos seus opositores, contribuindo assim para a sua ratificação da Constituição nos Estados. Os artigos foram compilados em uma obra denominada *O Federalista*, que se tornou um clássico do Direito Constitucional. Os três autores tiveram participação direta na luta pela Independência norte-americana e, apesar de algumas divergências, todos concordavam que a Constituição elaborada pela Convenção Federal proporcionaria ao povo norte-americano uma ordem jurídica muito melhor do que os então vigentes Artigos da Confederação. O desafio teórico de *O Federalista* era mostrar o equívoco dos dogmas tradicionais e comprovar que a instituição de um governo popular não seria prejudicial para o desenvolvimento da atividade econômica, não dependia da virtude do povo e poderia ser aplicado em territórios mais amplos e vastos. Assim, defendiam a possibilidade de um governo democrático, desde que limitado pela Constituição. É com essas ideias que se destaca um dos mais importantes artigos da coletânea, *O Federalista nº. 10*, escrito por James Madison. (LIMONGI, Fernando Papaterra. *O Federalista: remédios republicanos para males republicanos*. In: **Os Clássicos da Política**. WEFORT, Francisco C. (org.). 9ª. ed. São Paulo: Ática, 1998, p. 245-246).

facções⁹¹. Nessa proposta, Madison é nitidamente influenciado por Hume, que via o homem como um ser justo, mas dotado de fragilidade, e, portanto, capaz de desviar-se do seu ideal de justiça por interesses imediatos⁹².

Madison acreditava que a constituição deveria ser um instrumento de defesa contra facções estabelecendo princípios fundamentais, aos quais deveriam se submeter o governo e os representantes do povo continuamente, já que, mais cedo ou mais tarde, situações atípicas poderiam levá-los a optar pelos seus interesses imediatos em detrimento dos princípios constitucionais ratificados pela sociedade. Essa ideia de constituição como garantia dos valores da nação diante dos momentos de paixão e clamor, que frequentemente acontecem na política, é que justifica a supremacia da constituição diante das decisões majoritárias, seja do Parlamento, seja das gerações futuras. Assim, o desafio da constituição é limitar a política ordinária feita pelos homens através de instituições – federação, separação de poderes, bicameralismo, sistema de representação⁹³ – capazes de neutralizar as forças das facções preservando a sua liberdade; fundamental para o sistema político⁹⁴.

⁹¹ Madison define facções como “... um grupo de cidadãos representando quer a maioria, quer a minoria do conjunto, unidos e agindo sob o impulso comum de sentimentos ou de interesses contrários aos direitos dos outros cidadãos ou aos interesses permanentes e coletivos da sociedade.” (**O Federalista**. Tradução: Heitor Almeida Herrera. Brasília: UNB, 1984, p. 142). De acordo com Madison, o sucesso dos governos populares não está na eliminação das facções, mas em encontrar formas de neutralizar os seus efeitos. Enquanto Montesquieu e Rousseau defendiam que o sucesso de uma democracia dependia da virtude dos cidadãos e da inexistência de facções, Madison entendia que as facções eram algo natural da sociedade e fundamental para o sucesso das democracias, bastava limitá-las, de modo que assim ficasse assegurada a liberdade para o desenvolvimento de todos os indivíduos e facções, especialmente de suas atividades econômicas. (LIMONGI, Fernando Papaterra. *O Federalista: remédios republicanos para males republicanos...*, p. 252).

⁹² Assim, Madison pronuncia-se a respeito da natureza humana: “Se os homens fossem anjos, não seria necessário haver governos. Se os homens fossem governados por anjos, dispensar-se-iam os controles internos e externos. Ao constituir-se um governo integrado por homens que terão autoridade sobre outros homens – a grande dificuldade está em que se deve primeiro, habilitar o governante a controlar o governando e, depois, contralar-se a si mesmo. A dependência em relação ao povo é, sem dúvida, o principal controle sobre o governo, mas a experiência nos ensinou que há necessidade de precauções suplementares.” (**O Federalista**..., p. 418).

⁹³ Os males das facções podem ser afastados de duas maneiras: através de sua eliminação das suas causas ou do controle de seus efeitos. Perante a total insensatez e inviabilidade da primeira opção – que exigiria a remoção da liberdade ou da sua racionalidade – Madison opta pelo controle dos efeitos dos males que podem ser produzidos pelas facções. A cura dos males da facção não é possível em uma democracia pura, haverá sempre uma paixão que reunirá um maior número de pessoas tendentes a oprimir a minoria. Somente uma república é que pode conter os males das facções, pois nesta o governo é exercido por um pequeno número de cidadãos eleitos e é bem maior o número de cidadãos e a área que abrange. (Idem, p. 148-154).

⁹⁴ VILHENA, Oscar Vieira. **A Constituição e sua reserva de justiça**..., p. 53-54.

Para Madison, a constituição se sobrepõe a todos os poderes constituídos pela soberania popular, inclusive ao próprio Poder Legislativo, em virtude do ambiente e da situação política em que foi projetada, ou seja, quando ameaças internas e externas levaram os constituintes a colocar em segundo plano seus interesses e a pensar nos interesses da nação, construindo um consenso qualitativamente superior⁹⁵. Assim, toda força atribuída ao Parlamento pelo sistema inglês é transportada para a constituição no sistema americano, a qual passa a ser o parâmetro de validade para todos os poderes⁹⁶. É essa argumentação desenvolvida durante a Revolução Americana que cria as bases para, anos mais tarde, ser implementado o *judicial review*⁹⁷.

Desse modo, na Revolução Americana o poder constituinte desempenhou dupla função. Primeiro, derrubou a ordem constitucional vigente afirmando a soberania do povo americano, e, depois, com fundamento nessa mesma soberania, desenhou a nova constituição. O poder constituinte funcionou como um ponto de convergência entre os ideais da soberania popular e do constitucionalismo, utilizado de forma engenhosa pelos norte-americanos.

Do exercício do poder constituinte americano nasce uma constituição que combina soberania popular e constitucionalismo. Trata-se de uma constituição republicana que, por um lado, declara a soberania do povo americano e inaugura um governo democrático e, por outro, institui um governo de poderes limitados⁹⁸ e subordinados à Constituição, a qual é dotada de supremacia em razão de ser fruto

⁹⁵ Assim, Vilhena aponta a justificativa de Madison de supremacia da Constituição como uma "... antecipação do projeto de Constituição..." de Rawls, fruto de uma situação ideal capaz de encontrar os princípios de justiça. (Idem, p. 57).

⁹⁶ Vilhena defende que a justificativa dada para a supremacia da Constituição pelos norte-americanos é mais consistente que a dada pelos franceses em virtude de três argumentos centrais: *i*) a Constituição é resultado de um processo de deliberação realizado em condições que se aproximam muito da ideal, *ii*) a Constituição é fruto de um procedimento democrático, tanto é que foi submetida à ratificação e *iii*) a Constituição apenas limitou procedimentos de exercício dos poderes, pois os direitos já haviam sido estabelecidos pela ordem política. "Trata-se, portanto, de uma teoria mais sofisticada de Constituição, que fundamenta sua supremacia em um somatório de razões que associa valores substantivos, modelo de deliberação e processo ratificado – ou seja: conjuga justificações valorativas, de racionalidade procedimental e majoritárias." (Idem, p. 58-59)

⁹⁷ ENTERRÍA, Eduardo García de. **La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional...**, p. 53.

⁹⁸ Foi na Constituição de 1787 que apareceu pela primeira vez uma manifestação concreta do princípio da separação de poderes de Montesquieu, em que pese mitigado pela ideia de freios e contrapesos que cria uma "... separação flexível de poderes". (SAMPAIO, José Adércio Leite. **A Constituição Reinventada pela Jurisdição Constitucional...**, p. 428).

do poder constituinte soberano⁹⁹. Por isso, ao fundar um estado com base em uma constituição democrática e na divisão de poderes, a experiência norte-americana demonstra estar voltada à tentativa de conciliação da soberania popular e do constitucionalismo. Como destaca Maurizio Fioravanti, os norte-americanos perceberam que o constitucionalismo sem democracia produziria absolutismo do Parlamento e a democracia sem constituição conduziria à concentração de poderes nas mãos dos representantes do povo¹⁰⁰.

Já na França, a conciliação entre constitucionalismo e democracia não foi tão tranquila. Em 1789, a Revolução Francesa, liderada pelo Terceiro Estado¹⁰¹, afirma a soberania do povo francês rompendo com o antigo regime e autoproclama a instituição de uma Assembleia Nacional Constituinte.

Logo em seguida é proclamada a Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão, a qual guardou a maior ligação do movimento revolucionário francês com os ideais constitucionalistas de governo limitado. A Declaração dispunha que seu art. 16 que “A sociedade em que não esteja assegurada a garantia dos direitos nem estabelecida a separação dos poderes não tem Constituição.” No entanto, essa

⁹⁹ Essa preocupação com a limitação e o equilíbrio entre os poderes é latente em toda a história da Constituição Americana. Nos artigos publicados no *Federalista*, tanto Madison quanto Hamilton demonstram suas preocupações com o Poder Legislativo. Madison no artigo nº. 48 do *Federalista* afirma que o Poder Legislativo teria a capacidade de subordinar os Poderes Executivo e Judicial através imposição e da dependência da lei. Além disso, o Legislativo seria um poder perigoso no momento em que esquecesse de que é apenas representante do povo, um dos poderes constituídos pelo poder soberano do povo, e não o próprio povo, momento em que a tirania colocaria em risco o equilíbrio entre os poderes (**O Federalista...**, p. 401-405).

Também com receios dos poderes do Legislativo, Hamilton defendeu que cabia aos juízes declarar nulos os atos legislativos contrários à Constituição. Ao declarar a nulidade de atos do legislativo, os juízes não estariam se sobrepondo ao Poder Legislativo, mas somente reafirmando a superioridade da Constituição, do poder constituinte originário sobre o poder constituído derivado, do povo americano diante de uma maioria eventual. Assim, o controle de constitucionalidade seria fundamental para a proteção dos direitos dos indivíduos e das minorias, evitando que a tirania das majorias e impedindo que o Legislativo se sobreponha aos demais poderes constituindo, já que ele é um poder constituído como os outros. (Idem, p. 575-583).

¹⁰⁰ FIORAVANTI, Maurizio. **Constitución. De la Antigüedad a nuestros días...**, p. 108-109. Restava ainda aos americanos solucionar o problema da revisão da Constituição que também colocava em cena o embate entre constitucionalismo e democracia. Se a Constituição era suprema por ser fruto da vontade do povo soberano, como impedir que esse mesmo povo soberano revisasse periodicamente a Constituição? Temia-se que a ruptura com a Constituição que garantia a democracia e o governo limitado resultasse simplesmente na afirmação da soberania popular através de uma Constituição. Contudo, esse problema foi resolvido realizando a revisão constitucional através de emendas conforme o procedimento prescrito no art. 5º da Constituição. (FIORAVANTI, Maurizio. Idem, p. 110).

¹⁰¹ O momento revolucionário se iniciou com a convocação da Assembleia de notáveis, composta por membros da aristocracia e do clero por Luis XVI a fim de resolver os problemas de caixa do governo. Indignados com a perda dos privilégios fiscais, os notáveis convocam o antigo Estados Gerais, durante o qual o Terceiro Estado proclama uma Assembleia Nacional Constituinte, liderando assim todo o processo revolucionário.

garantia de direitos não consubstanciava as ideias de governos limitados ou de supremacia da constituição, tais como as aplicadas pelos norte-americanos, era antes uma garantia contra um poder absoluto, tal como se delineou no Estado Absolutista, não podendo vincular o povo soberano¹⁰². Tanto é que na própria Declaração pode-se encontrar a ideia do legislador como expressão do povo soberano, assim, os arts. 3º e 6º¹⁰³.

Conforme destaca Maurizio Fioravanti, a Declaração indicava o papel dominante do legislador e da vontade geral, sendo que a garantia de todos os direitos era confiada a esse sujeito e a sua vontade¹⁰⁴. Portanto, sob fortíssima influência do pensamento de Rousseau, fica claro que para o espírito revolucionário, que elaboraria a constituição, a soberania não poderia estar em outro lugar senão nas mãos do povo. O povo não podia ser apenas a origem da constituição, era necessário transferir o poder soberano a um dos poderes instituídos pela constituição, de modo que a soberania do povo fosse permanente, ou seja, a soberania popular deveria ser ela própria soberana.

Outra influência que foi determinante para legitimar e orientar os trabalhos da Assembleia Nacional Constituinte foi a obra de Emmanuel Joseph Sieyès intitulado *A Constituinte Burguesa*¹⁰⁵. Sieyès inicia a sua obra delimitando a composição do Terceiro Estado para, logo em seguida, concluir que o Terceiro Estado é tudo que se precisa para constituir e mover uma nação¹⁰⁶. Assim, integram

¹⁰² Conforme anota Arendt, os direitos expressos na Declaração de Direitos do Homem do Cidadão na Revolução Francesa constituíam o fundamento do poder popular e não limitação do poder desse poder. (**A Revolução...**, p. 118-119).

¹⁰³ “Art. 3º. O princípio de toda a soberania reside, essencialmente, na nação. Nenhuma operação, nenhum indivíduo pode exercer autoridade que dela não emane expressamente.” e “Art. 6º. A lei é a expressão da vontade geral. Todos os cidadãos têm o direito de concorrer, pessoalmente ou através de mandatários, para a sua formação. Ela deve ser a mesma para todos, seja para proteger, seja para punir. Todos os cidadãos são iguais a seus olhos e igualmente admissíveis a todas as dignidades, lugares e empregos públicos, segundo a sua capacidade e sem outra distinção que não seja a das suas virtudes e dos seus talentos.” A observação é feita por FIORAVANTI, Maurizio. **Constitución. De la Antigüedad a nuestros días...** p. 14-115.

¹⁰⁴ FIORAVANTI, Maurizio. *Idem*, *Ibidem*.

¹⁰⁵ A Constituinte Burguesa foi escrita por Sieyès um ano antes da Revolução a fim de colaborar com os trabalhos dos Estados Gerais, que naquele período planejava a reforma do Estado francês. No entanto, a sua publicação se deu em fevereiro de 1789, poucos meses antes da instituição da Assembleia Nacional Constituinte pelo Terceiro Estado.

¹⁰⁶ De acordo com Sieyès, o Terceiro Estado é composto por quatro classes: (i) dos trabalhadores ligados ao campo, (ii) dos trabalhadores responsáveis pela conversão da matéria prima em bem de consumo, (iii) dos comerciantes e (iv) dos prestadores de serviço, dentro os quais se incluem profissionais liberais e intelectuais. (SIEYÈS, Emmanuel Joseph. **A Constituinte Burguesa**. Tradução: Norma Azevedo. 3ª. ed. Rio de Janeiro, 1997, p. 53-54).

a nação os membros do Terceiro Estado e somente eles, estando fora da nação os privilegiados da nobreza, do clero e os membros da monarquia¹⁰⁷. Como consequência, a soberania que em Rousseau estava no povo é transmitida por Sieyès para a nação, uma vez que ela incorpora tudo através do Terceiro Estado. Por isso, a legitimidade para convocar a Assembleia Nacional Constituinte só pode ser do Terceiro Estado, isto é, da nação¹⁰⁸.

A nação de Sieyès, composta pelos membros do Terceiro Estado, é “... um corpo de associados vivendo sob uma lei comum e representados pela mesma legislatura”¹⁰⁹. Assim, Sieyès defende que a elaboração da constituição por representantes da nação é legítima, porque *i)* a representação não retira da nação a sua vontade, essa é inalienável, de modo que seu poder é apenas delegado; *ii)* o povo só confia aos representantes a medida de poder necessária para garantir a boa ordem e *iii)* os representantes não podem alterar o limite de poder que lhes foi confiado¹¹⁰. O poder dos representantes do povo assume uma natureza peculiar, que se distingue dos poderes constituídos, de modo que sua limitação não é constitucional, mas política. Somente a nação soberana pode controlar os seus representantes através do poder geral de reconvocação¹¹¹.

Nessa linha, Sieyès qualifica a representação do povo para a elaboração de uma constituição de *extraordinária*, distinguindo-a da representação *ordinária*, na qual os representantes do povo exercem o poder limitados pela constituição. Os representantes *extraordinários* são dotados de poder pela nação, não estando sujeitos a qualquer limitação¹¹². Sieyès admite a possibilidade de conferir aos

¹⁰⁷ Nas palavras de Sieyès: “... o que é o Terceiro Estado? Tudo, mas um tudo entravado e oprimido. O que seria ele sem as ordens de privilégios? Tudo, mas um tudo livre e florescente. Nada pode funcionar sem ele, as coisas iriam infinitamente melhor sem os outros. (SIEYÈS, Emmanuel Joseph. Idem, p. 45-46).

¹⁰⁸ Bonavides lembra que “Povo e nação formam uma só entidade” (**Ciência Política...**, p. 132).

¹⁰⁹ **A Constituinte Burguesa...**, p. 56.

¹¹⁰ Idem, p. 93. Enquanto a soberania popular propugna por uma participação direta nas escolhas políticas porque o cidadão é detentor de uma parcela de soberania, a soberania da nação limita a participação política àqueles que a Nação eleger como seus representantes. Assim o art. 3º da Declaração de Direito do Homem e do Cidadão: “o princípio de toda soberania reside essencialmente na Nação”. (BONAVIDES, Paulo. **Ciência Política...**, p. 132).

¹¹¹ SIEYÈS, Emmanuel Joseph. **A Constituinte Burguesa...**, p. 102.

¹¹² “Os representantes ordinários de um povo estão encarregados de exercer, nas formas constitucionais, toda a porção de vontade comum que é necessária para a manutenção de uma boa administração. Seu poder se limita aos assuntos do governo. Os representantes extraordinários terão

representes *ordinários* – os legisladores limitados pela constituição – a função dos representes *extraordinários*, isto é, a função constituinte. No entanto, destaca que a ambas as funções são absolutamente diversas, são poderes distintos, mesmo que sejam conferidos a único corpo de representantes¹¹³.

Ao diferenciar representação *extraordinária* de *ordinária*, Sieyès está desenhando os contornos do poder constituinte e do poder constituído com o objetivo de solucionar a tensão entre a vontade soberana da nação expressa na constituição e a vontade da soberania da nação expressa pela legislatura. Assim, defende a superioridade da vontade do poder constituinte manifestada no texto constitucional por ser essa a vontade soberana da nação, enquanto a vontade das legislaturas, que também é a vontade dos representes da nação, é somente uma vontade limitada aos termos dispostos na constituição.

No entanto, e aqui está a chave para a compreensão da proposta de Sieyès, a soberania da nação não se esgota com o exercício do poder constituinte. O povo soberano pode rever a constituição a qualquer momento, bastando para isso a manifestação do poder constituinte, o que poderia se dar, inclusive, pela própria Assembleia Legislativa, uma vez que nessa encontram-se os legítimos representantes do povo. Ou seja, não há na constituição nada que impeça a sua modificação, pois a soberania da nação é inalienável, tal como defendeu Rousseau, não sendo possível qualquer restrição ao exercício do poder soberano¹¹⁴. Dessa forma, garante-se que a soberania da nação seja manifestada de forma contínua e ininterrupta.

O importante aqui é perceber que apesar de ver na constituição um limite para os poderes instituídos, ainda havia um poder absoluto que não estava sujeito a qualquer tipo de restrição: o poder da soberania da nação. Desse modo, a tensão entre constitucionalismo e democracia é resolvida apenas parcialmente, uma vez

um novo poder que a nação lhes der como lhe prouver. Como uma grande nação não pode na realidade se reunir todas as vezes que circunstancias fora da ordem comum exigem, é preciso que elas confiem aos representes extraordinários os poderes necessários a essas ocasiões.” (Idem, p. 97-98).

¹¹³ “Não quero dizer que uma nação não possa dar aos seus representes ordinários a nova comissão de que se trata aqui. As mesmas pessoas podem, sem dúvida, concorrer para formar diferentes corpos. Mas é verdade que uma representação extraordinária, não se parece em nada com a legislatura ordinária. São poderes diferentes. Esta só pode se mover nas formas e condições que lhes são impostas. A outra não está submetida a nenhuma forma em especial: se reúne e delibera como faria a própria nação se, mesmo composta por um pequeno número de indivíduos, quisesse dar uma constituição a seu governo.” (Idem, 98).

¹¹⁴ Idem, p. 93.

que a soberania da nação se impõe diante dos ditames constitucionais, não havendo nenhuma espécie de restrição.

Dentro dessa perspectiva foi promulgada a Constituição de 1791, a qual é fruto do poder constituinte exercido pela nação soberana. Essa Constituição caracterizou-se por uma notória primazia do Poder Legislativo e uma quase ausência de mecanismos de equilíbrio entre os Poderes, o que possibilitou constantes alterações no seu texto e conduziu ao mesmo nível hierárquico as normas legais e constitucionais. Prevaleceu o entendimento de que a constituição que institui a nação deveria ser desenvolvida pela própria nação, que se encontrava representada pela Assembleia Legislativa – razão pela qual essa acabou ganhando contornos muito mais amplos do que os de um poder constituído.

Contudo, apesar de rechaçar o constitucionalismo e exaltar a soberania popular, é preciso dizer que a Constituição francesa de 1791 não era uma constituição propriamente democrática¹¹⁵, pois instituiu o voto censitário criando a categoria dos cidadãos ativos, aos quais cabia o direito de votar em “eleitores de deputados”, que estavam em um nível mais elevado do direito ao voto. Dessa maneira, se por um lado não se queria restrições à soberania popular, por outro, a ausência de sufrágio universal e direto deixava claro o temor da voz do povo¹¹⁶.

Em virtude da imperfeição democrática da Constituição de 1791, a Constituição de 1793 elimina a figura do rei e introduz o sufrágio universal e direto, substituindo a controversa figura da nação soberana pelo povo soberano, compreendido agora como todos os cidadãos franceses. A Constituição de 1793 reformulou ainda o procedimento legislativo, que na Constituição de 1791 era exclusivamente parlamentar, exigindo a submissão de todos os projetos de leis a referendo popular e criando um procedimento de revisão constitucional que só poderia ter origem nas Assembleias primárias, nas quais se reunia o povo soberano¹¹⁷.

¹¹⁵ É muito interessante a observação feita por Hannah Arendt acerca da relação entre as Revoluções e os governos que as antecederam. De acordo com ela, o resultado de uma revolução parece estar predeterminado pelo tipo de governo que a antecede, assim, “... quanto mais absoluto o governo, mais absoluta será a Revolução que o substituir.” Bons exemplos são a Revolução Francesa do séc. XVIII e a Revolução Russa, que substituíram um regime de terror por outro regime igualmente terrível. A partir dessas constatações, Arendt faz a provocante pergunta: o que fez o Sieyès senão colocar no lugar da soberania do rei a soberania da nação? (**A Revolução...**, p. 124).

¹¹⁶ FIORAVANTI, Maurizio. **Constitución. De la Antigüedad a nuestros días...**, p. 116.

¹¹⁷ FIORAVANTI, Maurizio. *Idem*, p. 117.

Maurizio Fioravanti explica que as duas primeiras Constituições que seguiram a Revolução Francesa eram de estrutura “monista”, ou seja, “... representavam o sujeito soberano, a nação ou o povo, em um dos poderes previstos pela constituição, que nesse momento não poderia ser outro que não o legislativo.”¹¹⁸ A esse poder cabia a tarefa de controlar os demais (Executivo e Judiciário) caso pretendessem trair a vontade geral, indo além da mera execução e aplicação da lei.

O estado de extrema instabilidade em que se encontrava a França durante os turbulentos momentos de domínio dos jacobinos, decorrência de uma Constituição sujeita a frequentes alterações pela vontade da soberania popular, tentou ser controlado pela Constituição de 1795. Foi nesse momento que Sieyès – que até 1789 defendeu um poder soberano ilimitado – manifestou-se contra a permanência do poder constituinte nas mãos do Legislativo, que se tornou fonte de instabilidade da ordem política. A constituição passou a ser compreendida como um instrumento de organização e limitação dos poderes estabelecidos. Apesar de tudo, permanece a superioridade do Poder Legislativo em virtude da ausência de um mecanismo de freios e contrapesos. Todavia, agora, o Legislativo atuava dentro dos limites impostos pela constituição. Afirmava-se assim um valor normativo da constituição para o qual Sieyès trouxe grande colaboração¹¹⁹.

Como explica Fioravanti, devido ao contexto histórico francês não se poderia esperar que ali nascesse a ideia de freios e contrapesos. Diferente do que ocorria nos EUA, a França não busca limitar as exorbitâncias de um legislador, sua intenção era a derrubada do antigo regime, por isso precisava expressar sua vontade através da noção de *vontade geral* de forma forte e concentrada por meio do Poder Legislativo que reunisse os legítimos representantes do povo¹²⁰. No entanto, complementa o autor, também a Revolução Francesa, “... em meio a acontecimentos bastante duros e dramáticos, buscava sua própria via constitucional.

¹¹⁸ Idem, Ibidem.

¹¹⁹ Sieyès chega a propor a criação de uma instituição destinada a promover a defesa da Constituição, como se verá no item 1.3.1.

¹²⁰ Destacando a relação de continuidade nos processos ditos “revolucionários”, Arendt observa que até a Revolução Americana não houve verdadeiras Revoluções, nenhuma revolução buscou instituir a liberdade; todas foram seguidas da restauração da autoridade. O intuito inicial da Revolução Francesa não foi a liberdade, mas a recuperação dos direitos e a restauração do governo limitado. Foi somente a Constituição Americana que consolidou o poder da Revolução, uma vez que seu objetivo era instituir a liberdade, razão pela qual foi chamada de *Constitutio Libertatis*, o fundamento da liberdade.” (A Revolução..., p. 123).

E também nessa Revolução, como também em toda a Idade Moderna, soberania e constituição, inter-atuaram, seja enfrentando-se, seja buscando pontos de mediação e de equilíbrio.”¹²¹

A transição da Idade Média para o Estado Moderno através do Renascimento, da formação dos Estados Absolutistas e da ascensão da classe burguesa deu-se em meio a um conjunto de pequenas crises subsequentes. No entanto, dentre esses momentos de transição, as Revoluções Liberais que lutavam em prol de uma nova ordem (liberal e constitucional) foram certamente um marco central e decisivo¹²². Elas colocaram, definitivamente, em cheque o legado medieval e propuseram, na prática, as principais categorias do constitucionalismo moderno e contemporâneo: a institucionalização do Estado por intermédio de uma constituição¹²³, a defesa de direitos naturais e a limitação e descentralização do poder.

Embora o caminho seguido por cada uma das Revoluções, na busca da instituição de uma nova ordem, tenha sido distinto e alcançado resultados diversos¹²⁴, os pontos em comum de ambas marcam fortemente o começo de um novo período histórico. Afinal, o desenrolar da história ocidental que se segue à época das grandes revoluções é determinado pelos seus acontecimentos e, especialmente, pelos seus legados. Nesse sentido, a concepção de constitucionalismo proposta pelos movimentos revolucionários e o resgate do modelo democrático pelo qual se lutou arduamente são as bases fundamentais que

¹²¹ **Constitución. De la Antigüedad a nuestros días...**, p. 120.

¹²² Nelson Saldanha adverte que do ponto de vista das estruturas externas, as Revoluções Liberais não criaram propriamente um nova “forma” de Estado. Elas defenderam seus ideais dentro das estruturas que do Estado Moderno criado pelo absolutismo, cuja forma geral foi mantida pelo liberalismo: organização centralizada, administração unificada, orçamento e milícia, ordenamento jurídico e jurisdições unificadas. O liberalismo e as Revoluções trouxeram apenas novos conteúdos, novas crenças e motivações, novos fundamentos para o entendimento das relações entre o poder e os homens, sem alterar as estruturas principais do Estado. (SALDANHA, Nelson. **A Formação da Teoria Constitucional...**, p. 94-95).

¹²³ Conforme ensina José Guilherme Merquior, a partir das Revoluções Liberais a semântica do termo *Constituição* passou a ser outra. “Até Montesquieu (1748), com efeito, a palavra significara predominantemente uma determinada ordem institucional: “constituição” era como um sinônimo de ‘regime ou sistema político’. A Revolução Americana, e sobretudo a Francesa, iam modificar essa acepção. Essas revolução ‘epocais’ conceberam a constituição como instauração, como *fundação* política antes que como ordem tradicional de autoridade e governo.” (Liberalismo e Constituição. In: **O Avanço do Retrocesso**. Rio de Janeiro: Rio Fundo, 1990, p. 14)

¹²⁴ Enquanto na França os direitos derivam da lei, nos Estados Unidos a lei deriva dos direitos. Na França a soberania da lei, nos Estados Unidos a soberania do direito. (ZAGREBELSKY, Gustavo. **El derecho dúcil...**, p. 55).

sustentam o Estado Moderno e as características que permitem afirmar que as Revoluções Liberais inauguraram uma nova era.

Entretanto, é necessário reconhecer que constitucionalismo e democracia como fundamento de uma nova ordem não são noções estanques. Ao longo dos últimos dois séculos sofreram significativas mutações e distintas interpretações que conduziram a história a rumos bastante distintos. Por isso, a ideia de constitucionalismo não se esgota na limitação do poder soberano e na garantia de direitos fundamentais; estas são apenas o ponto de partida da história constitucional moderna. Da mesma forma, democracia não se resume a transferência do poder soberano para o povo, vai muito além e ainda enfrenta muitos desafios no decorrer da sua consolidação.

O importante é observar que no percurso histórico que seguem, constitucionalismo e democracia não se isolam, pelo contrário, desenrolam-se em uma relação de permanente tensão que ganha diferentes contornos e intensidades conforme as concepções que vão assumindo. Essas transformações na relação entre constitucionalismo e democracia interferem de forma direta e determinante na compreensão da necessidade e da importância da jurisdição constitucional, bem como na demarcação dos seus limites de atuação. Eis aí a sua importância para esse trabalho e o motivo pelo qual na sequência busca-se identificar a concepção de constitucionalismo e democracia que propiciou o surgimento, o desenvolvimento e a expansão da jurisdição constitucional.

1.3 A jurisdição constitucional no Estado Liberal

A concepção de constitucionalismo e democracia não é um consenso em todo o percurso histórico do Estado Moderno e o arranjo entre eles não constitui um processo histórico evolutivo. Muito pelo contrário, a concepção de cada um desses pilares do Estado Moderno sofreu constantes mutações ao longo dos últimos duzentos anos que são resultado direto e imediato do ambiente no qual se inseriam. Por isso, a ideia de democracia e constitucionalismo não é a mesma no paradigma de Estado Liberal e no paradigma de Estado Social. Além disso, não é possível identificar uma constância de conteúdo do princípio democrático e do

constitucionalismo nem mesmo no interior de um único paradigma; ou seja, até mesmo a análise de um mesmo período histórico demonstra que a compreensão de constitucionalismo e democracia não possui uma uniformidade, é sempre uma compreensão contextualizada que se determina a partir das influências do plano político, econômico, social, jurídico e cultural do ambiente em que se insere.

Diante disso e considerando que a existência, a posição e a função da jurisdição constitucional são determinadas pela combinação entre democracia e constitucionalismo, passa-se a investigar como a jurisdição constitucional foi incorporada no contexto dos Estados Liberais. Para tanto, urge inicialmente delimitar os campos de observação e suas particularidades. Interessam aqui as experiências históricas dos Estados Liberais europeus, especialmente o francês, e do Estado Liberal norte-americano, que embora pautadas pelo mesmo paradigma de Estado Liberal possuem compreensões de democracia e constitucionalismo distintas e, conseqüentemente, divergem sobre a conveniência da instituição da jurisdição constitucional e sobre as suas funções.

1.3.1 A jurisdição constitucional no contexto do Estado Liberal europeu

Primeiramente, no que tange à experiência dos Estados Liberais europeus, é preciso destacar a decisiva influência da Revolução Francesa, que como visto acima deixou como seu maior legado a proclamação da soberania popular como a única fonte de legitimidade do exercício do poder. Em virtude da exaltação do princípio democrático, a lei, entendida como expressão da vontade geral, tornou-se a primeira e mais elevada fonte de direito, o único instrumento capaz de representar o interesse de todos. Toda e qualquer norma seria legítima desde que fruto dos trabalhos de representantes populares eleitos democraticamente para expressar a vontade geral¹²⁵. Essa fórmula encontrada para a proteção do princípio da soberania

¹²⁵ Surgia o que o autor chama de “legalismo iluminista”, processo de crescente produção legislativa acompanhado da afirmação da supremacia da lei sobre as demais fontes de direito. Destaca o autor que apesar do acentuado crescimento da produção legislativa e da ascensão da supremacia da lei, a periferia do sistema não sofreu grande impacto com o primado da lei, que atingiu intensamente o corpo judiciário e os grandes centros, dando à lei um caráter urbano e letrado. A periferia continuou a viver sobre o influxo do pluralismo jurídico, sendo a herança do antigo regime uma espécie de “dualismo jurídico”: “Uma parte – francamente minoritária – vivendo à sombra do direito oficial, que a lei começa a hegemonizar a partir da luta iluminista contra o direito doutrinal-

popular identificou a lei à legitimidade¹²⁶, conduzindo à hegemonia absoluta do Parlamento¹²⁷ como fonte de produção normativa¹²⁸. Como consequência, a

judicial, hegemonia ainda reforçada com a codificação dos finais do séc. XVIII, início do XIX. Uma outra parte, mantendo com ele um contacto apenas tangencial.” O autor acrescenta que esse dualismo refletia também na participação política, de modo que o universo liberal restringia-se ao ambiente urbano e aos alfabetizados, sendo a vontade geral expressa na lei era a vontade dos integrantes do universo político-liberal. (HESPAÑA, António Manuel. **Justiça e Litigiosidade: História e Prospectiva...**, p. 17).

¹²⁶ De acordo com Louis Favoreu a identificação entre legitimidade e legalidade foi o que levou a rejeição de qualquer controle de constitucionalidade nos países europeus. (**As Cortes Constitucionais**. Tradução: Dunia Marinho Silva. São Paulo: Landy, 2004, p. 20). Como explica Wolkmer, “Os juristas tendem a identificar legitimidade e legalidade, contudo, “... a legalidade reflete fundamentalmente o acatamento a uma estrutura normativa posta, vigente e positiva. Compreende a existência de leis, formal e tecnicamente impostas, que são obedecidas por condutas sociais presentes em determinada situação institucional. (...) Já a legitimidade incide na esfera da consensualidade dos ideais, dos fundamentos, das crenças, dos valores e dos princípios ideológicos. Acima de tudo, a concretização da legitimidade supõe a transposição da simples detenção do poder e a conformidade com as acepções do justo advogadas pela coletividade.” (WOLKMER, Antonio Carlos. **Ideologia, Estado e Direito**. 4ª ed. São Paulo: RT, 2003, p. 81). Lembre-se ainda de que a relação legitimidade e legalidade foi trabalhada durante o séc. XIX no campo da sociologia por Max Weber, quem coloca dentre as três formas básicas de legitimidade do exercício do poder, a legitimidade legal ou racional, de acordo com a qual o poder de coerção legítimo decorre de uma regra elaborada por um agente competente, e não de um poder tradicional ou carismático. Nas palavras de Weber, a legitimidade legal consiste em uma “crença na legitimidade das ordens estatuídas e no direito de mando daqueles que, em virtude dessas ordens, estão nomeados para exercer a dominação (dominação legal)” (**Economia e Sociedade**. Tradução de Regis Barbosa e Karen Elsabe Barbosa. Brasília: UNB, 1994, p. 141). Sobre a relação entre legitimidade e legalidade, confira-se ainda, BONAVIDES, Paulo. **Ciência Política...**, p. 111-121).

¹²⁷ A soberania do Parlamento na França não coincide com a soberania do Parlamento inglês que tem como símbolo a expressão *King in Parliament*, que significa que a lei – fruto dos trabalhos parlamentares – é consequência de um equilíbrio entre três vontades: a do rei, a do povo e a da aristocracia. Portanto, o Parlamento representa uma multiplicidade de poderes e não apenas o poder do povo soberano. O Parlamento inglês não é soberano porque tem sua fonte de legitimidade na soberania popular, é soberano porque a sua lei representa todos os interesses da sociedade. Assim, explica Fioravanti que “Esse parlamento é, de fato, expressão em sentido histórico e de maneira quase natural e necessária da mesma realidade social e política que deu lugar a essa lei; e não constitui, de nenhuma maneira, um ‘sujeito’ por si mesmo, dotado de vontade política autônoma que pretende se impor à sociedade e aos juizes, em nome do povo soberano.” (FIORAVANTI, Maurizio. **Constitución. De la Antigüedad a nuestros días...**, p. 145) A supremacia do Parlamento não tem, portanto, nada a ver com a supremacia política e institucional dos representantes do povo soberano. A soberania do parlamento significa afirmar que ele não decorre de um poder constituinte que o institui, definiu e limitou. O parlamento inglês é soberano porque não deriva de uma autoridade superior democrática. Assim, colocar em cheque a sua soberania através de argumentos de controle de constitucionalidade é questionar se antes dele não haveria um poder constituinte democrático. Ainda, os direitos de garantia do rule of law inglês, como a liberdade e a propriedade, são considerados quase naturais, de modo que cabe ao Parlamento apenas sua definição em abstrato, sendo reservada à jurisdição a concretização desses direitos. Dessa forma, pode-se afirmar que o Parlamento inglês, “... resulta quase ser totalmente imune às tentações políticas de raiz dirigista e deixa assim que os direitos encontrem sua forma nos tribunais, como queria o *rule of law*, o princípio fundamental do direito inglês.” (FIORAVANTI, Maurizio. Idem, p. 146).

¹²⁸ De acordo com Hespanha, essa era uma vantagem teórica. No entanto, havia uma vantagem de ordem prática na defesa da hegemonia parlamentar: evita a “degenerescência da democracia”. (**Cultura Jurídica Européia...**, p. 345). Ou seja, “Por um lado, impedia a tendência de todas as elites políticas (mesmo as democraticamente eleitas) para, paulatinamente, se apropriarem do poder político que lhes está delegado, (...). Por outro lado, constituía a forma mais segura de

soberania popular proclamada absoluta e ilimitada, que exaltava a supremacia do Legislativo, mostrava-se totalmente incompatível com a proposta do constitucionalismo liberal de limitação do poder através de um documento constitucional. Diante do império da lei, nada poderia se opor, nem mesmo uma constituição elaborada pelos legítimos representantes do povo e muito menos a pluralidade normativa medieval; assim, perante a supremacia do legislador, o costume, a jurisprudência e a doutrina deveriam ceder¹²⁹.

É nesse contexto que emerge com grande força o movimento de codificação¹³⁰, o qual instituiu formas jurídicas pautadas pela generalidade e sistematicidade capazes de tornar a aplicação do direito controlável; qualidades fundamentais para o desenvolvimento da ordem liberal burguesa que exigia a previsibilidade do direito e a fixação de princípios jurídicos fundamentais. A linguagem generalizada e a subordinação absoluta dos juízes aos seus ditames, fazia do Código um símbolo de igualdade entre os cidadãos. Já a sua organização, condensação e clareza visavam tornar o direito acessível, de modo que os juristas

garantir que o interesse prosseguido (a felicidade buscada) era o 'interesse geral' ou a 'felicidade para o maior número' (...)." (Idem, p. 345-346).

¹²⁹ O *costume*, que tinha fonte de legitimidade na tradição e representava uma espécie de "consentimento tácito do povo", sendo, por isso compreendido como um "plebiscito diário"¹²⁹, não foi totalmente banido, mas colocado em segundo plano, uma vez que representava os interesses da Nação historicamente, ou seja, representava a vontade do passado e do presente, dos mortos e dos vivos, enquanto o princípio democrático exigia que a vontade a ser representada e satisfeita, que se identificava com a ideia de Nação, seria apenas a dos presentes, a dos vivos hoje. Essa ideia reducionista de Nação será um dos principais alvos de crítica da interpretação dada pela Revolução Francesa ao princípio democrático. A *doutrina* também perde seu espaço e sua legitimidade fica restrita a interpretações descritivas da lei e supressão de lacunas com propostas normativas que seriam feitas pelo legislador histórico, caso ele a tivesse elaborado. As construções doutrinárias fundadas na natureza das coisas extrapolavam os limites da legitimidade democrática. Em casos extremos, a doutrina chegou a perder totalmente a sua legitimidade, sendo proibida e substituída pelas interpretações autênticas realizadas pelo próprio Legislativo. (HESPANHA, António Manuel. Idem, p. 346-349). Ainda, no mesmo sentido, GROSSI explica que "Claro, uma vez que a lei – já fonte única é aplicada – não se poderá desprezar os juristas, mas se lhes tirará sua liberdade de ação reduzindo o doutrinário à prisão da exegese e o juiz as amarras de um silogismo aprisionador." (Para além do subjetivismo jurídico moderno. Tradução: Ricardo Marcelo Fonseca. In: **História do Direito em Perspectiva do antigo regime à modernidade**. FONSECA, Ricardo Marcelo; SEELAENDER, Ailton Cerqueira Leite. Curitiba: Juruá, 2008, p. 25-26).

¹³⁰ A ideia de codificação é resultado da ideia de direito como um sistema de normas completas que tem em sua raiz as Declarações de direitos. De acordo com Zagrebelsky a França produziu um verdadeiro paradoxo no campo do direito: ao mesmo tempo em que sua maior contribuição para o desenvolvimento do constitucionalismo é a defesa dos direitos humanos através da Declaração de Direitos do Homem, o que se consolidou naquele país não foi a centralidade desses direitos, mas a centralidade da lei. A lei não foi controlada pelos direitos, mas os direitos foram controlados pela lei, assim, "... a 'Constituição' verdadeiramente operante não foi a *Déclaration*, mas o *Code Civile*, não em vão denominado com frequência como 'Constituição da burguesia liberal'." (*El derecho dúcil*..., p. 52-53).

fossem dispensáveis para sua compreensão, que não fossem “mediadores entre o direito e o povo”¹³¹.

A ideia de código tem origem na doutrina tradicional francesa e é enriquecida com os aportes jusracionalistas do final do séc. XVIII, sendo compreendidos, por isso, como a “positivação da razão”¹³². Ainda, como fruto dos trabalhos de um órgão representativo, os códigos caracterizavam a vontade geral do povo francês. Como aponta Hespanha, ambas as características fizeram com que fossem vistos como “... monumentos legislativos definitivos, cientificamente fundados e democraticamente legitimados. Perante eles não podiam valer quaisquer outras fontes de direito.”¹³³ Como produto de uma compilação legislativa, os códigos não poderiam ser suplementados pela doutrina, pela tradição ou pela jurisprudência. Dessa forma, aos juízes não cabia estabelecer o direito, mas aplicá-lo. Essas ideias incorporaram-se na doutrina e deram origem à Escola da Exegese¹³⁴, que impediu o desenvolvimento de um direito jurisprudencial independente dos códigos¹³⁵.

¹³¹ O primeiro projeto de Código apareceu em 1790 durante os trabalhos da Assembleia Nacional Constituinte que pretendia compilar todo o direito revolucionário em um Código – *Code Civil* – para facilitar o conhecimento da população. No entanto, o primeiro Código só foi lançado em 1804 sob a influência decisiva de Napoleão I. A ele seguiram-se o *Código de processo civil* (1806), o *Código Comercial* (1807) e o *Código Penal* (1810). (HESPANHA, António Manuel. **Cultura Jurídica Européia...**, p. 380-381).

¹³² Idem, p. 378. No mesmo sentido Paolo Grossi: “O jusnaturalismo vem desembocar no mais agudo positivismo jurídico, e o Código, mesmo se portador de valores universais é reduzido à lei positiva deste ou daquele Estado.” (**Mitologias Jurídicas da Modernidade...**, p.97.)

¹³³ Hespanha destaca que a ideia de Código possui uma contradição: se por um lado compila de forma sistemática e harmônica a produção legislativa, auxiliando no conhecimento da lei pelos cidadãos e no seu controle por parte do poder judicial, por outro, traz uma pretensão de permanência e estabilidade de consensos sociais que resistam à intensa atividade legislativa (**Cultura Jurídica Européia...**, p. 378).

¹³⁴ A Escola da Exegese nasce na França no período de triunfo do Código de Napoleão e da afirmação da ideia de separação de poderes e de soberania popular provocando uma forte influência sobre a hermenêutica jurídica. Assim como o movimento de codificação, as ideias exegetas dominaram o mundo durante paradigma liberal positivista defendendo que *a vontade do legislador é autossuficiente*. A Escola da Exegese cultua o texto legal e reduz o direito à lei. De acordo com os exegetas, o aplicador exerce apenas um juízo de subsunção através de um procedimento lógico-silogístico. Havendo previsão legal, o aplicador deve interpretar a norma gramaticalmente. Na ausência de previsão legal que se encaixa perfeitamente ao caso concreto, a interpretação deve ser sistemática, recorrendo-se à analogia ou aos princípios gerais de direito. Nunca buscando uma solução fora dos limites do direito posto, ou seja, sendo vedado recorrer ao direito natural ou aos “ditames da razão”. O legislador onipotente é capaz de criar um ordenamento completo e coerente, por isso, nesse sentido o art. 4º do Código de Napoleão que proibia a omissão do Estado por insuficiência da lei. Sobre a Escola da Exegese confira-se GLISSEN, John. **Introdução Histórica ao Direito**. Tradução: Antonio Manuel Hespanha. 4ª ed. Lisboa: Fundação Colouste Gulbenkian. 1979, 515-517, BOBBIO, Norberto. *Positivismo Jurídico...* p. 83-91 e HESPANHA, Antonio Manuel. **Cultura**

Nesse “ambiente mental” construído durante os anos que precederam a Revolução Francesa e consolidado durante a sua eclosão, destaca-se a drástica redução do papel da *jurisprudência*. Na realidade, já nos momentos que antecederam as Revoluções Liberais a jurisprudência sofria uma forte crítica política, tanto é que essas Revoluções insurgiram-se não só contra o absolutismo, mas também contra a tirania dos juízes que decidiam com base no direito tradicional, casuísta e flexível, configurando o direito como um saber hermético, impossível de ser controlado pelos cidadãos e desprovido de qualquer previsibilidade¹³⁶. Na França, em especial, o receio quanto aos trabalhos do Poder Judiciário já era cultivado desde o final do séc. XVII e início do séc. XVIII, quando os *Parlements* – espécies de Cortes Superiores de Justiça – passaram a adotar a teoria da *heureuse impuissance*, pela qual o monarca estava impedido de editar qualquer norma que violasse as leis fundamentais do reino para restringir os poderes e direitos da nobreza e do Alto Clero¹³⁷.

Essa postura conservadora e retrógrada despertou no povo francês uma grande desconfiança em relação à parcialidade dos juízes. Aliado a esse sentimento, a proclamação da supremacia do Poder Legislativo, como única fonte

Jurídica Européia..., p. 376-38, CAENENGEM, R. C. van. **Uma introdução histórica ao direito privado**. Tradução Carlos Eduardo Lima Machado. São Paulo: Martins Fontes, 2000, p. 207-212.

¹³⁵ Novamente Hespanha lembra, de forma muito pertinente, que embora todos os esforços da codificação e da Escola da Exegese para calar os juízes, o direito francês se desenvolveu com base em decisões judiciais, com a ausência de uma jurisprudência criativa teria sido impossível manter em vigor, e praticamente inalterado, o *Code Napoléon*, por mais de 200 anos. (**Cultura Jurídica Européia...**, p. 381).

¹³⁶ “... os movimentos reformistas da segunda metade do séc. XVIII (v.g., Luigi Muratori, o Marquês de Beccaria e Gaetano Filangieri, em Itália; ou Luís Antonio Verney e Pascoal de Melo, em Portugal), dirigiam-se, antes de tudo, contra o ‘governo arbitrário’, sendo que nessa ideia de governos arbitrários se compreendiam tanto a autocracia dos soberanos como a arbitrariedade dos tribunais. No Sul da Europa (Itália, França e Península Ibérica), esta última componente tinha sido ainda mais forte, suscitando um movimento de crítica à incerteza e ao hermetismo do direito doutrinal e jurisprudencial e reclamando leis claras e reformas judiciárias que amarrassem os juízes ao cumprimento estrito da lei. Daí o legalismo e a desconfiança no direito jurisprudencial – que já vinham de trás e tinham marcado a política do direito do Estado absoluto – se tenham transformado em componentes essenciais das propostas revolucionárias. Pois, se havia lugar a falar nos perigos do ‘espírito de facção’, era decerto legítimo fazê-lo em relação aos juristas e aos juízes, tanto como em relação aos funcionários ou às elites políticas.” (Idem, p. 347-348).

¹³⁷ Mauro Cappelletti refere-se à adoção da doutrina da *heureuse impuissance* pelos *Parlements* como um precedente histórico do controle de constitucionalidade, uma vez que submetia a produção normativa do monarca aos ditames das leis fundamentais do reino. (CAPPELLETTI, Mauro. **O controle de constitucionalidade das leis no direito comparado**. 2ª ed. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, p. 35). No entanto, parece que a importância desse precedente está mais em ser uma das causas que originaram o receio do povo francês em relação ao trabalho dos juízes e provocaram a ausência de credibilidade do Judiciário. Nesse sentido, também é o entendimento de (CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza. **Jurisdição Constitucional Democrática...**, p. 81).

legítima de direito, e a adoção da separação de poderes com uma interpretação restritiva corroboraram para a compreensão de que os juízes deveriam limitar-se à estrita aplicação da lei, funcionando como a “longa mão da lei” ou a “boca que pronuncia as palavras do legislador”¹³⁸. Assim, cabia ao Poder Legislativo a competência para *manifestar* a “vontade geral” e ao Judiciário a competência para *aplicar* a “vontade geral”, o que impossibilitou que a jurisprudência tivesse espaço dentre as fontes normativas do Estado, as quais se reduziram apenas e exclusivamente à lei¹³⁹. A legitimidade política conferida à lei após a Revolução e a desconfiança quanto aos magistrados e juristas chega ao ponto de proibir qualquer interpretação judicial. Com esse espírito, a lei francesa 16-24 de agosto de 1790 criou o *référé législatif*, instituto jurídico que determinava que sempre que um tribunal precisasse interpretar uma lei deveria recorrer ao Legislativo, o único Poder legitimado para criar o direito¹⁴⁰.

Na sequência, o art. 12 da Lei 17-1 de 1790, incorporado no art. 21 da Constituição de 1791, dispôs que diante de dúvidas quanto à interpretação do direito, o juiz deveria recorrer ao Tribunal de Cassação, órgão composto por membros indicados pelo Poder Legislativo com competência para fiscalizar as decisões judiciais¹⁴¹. Assim, como somente ao legislador era dada a tarefa de

¹³⁸ HESPANHA, António Manuel. **Cultura Jurídica Européia...**, p. 348. “Poderia ocorrer que a lei que é, ao mesmo tempo clarividente e cega, fosse, em certos casos, rigorosa demais. Mas os juízes da nação, como já dissemos, não são mais do que a boca que pronuncia a palavra da lei, seres inanimados que não podem moderar-lhe nem a força nem o rigor.” (**O espírito das leis...**, p. 174)

¹³⁹ HESPANHA, António Manuel. **Cultura Jurídica Européia...**, p. 347. Como destaca FERRAJOLI, a ciência jurídica passa a realizar um trabalho estritamente cognitivo, o juiz apenas verifica aquilo que está pré-estabelecido na lei. (**O Estado de Direito entre o Passado e o Futuro...**, p. 422-424).

¹⁴⁰ Conforme destaca Adércio Sampaio, a ideia básica do *référé législatif* permaneceu vigente na França até 1837. (**A Constituição Reinventada pela Jurisdição Constitucional...**, p. 32). Com mesma intenção do *refere législatif* dispunha o art. 191 da Constituição Portuguesa de 1822, que determina que o Supremo Tribunal de Justiça deve “... propor ao rei com o seu parecer as dúvidas que tiver ou que lhe forem representadas por quaisquer autoridades, quanto à intelegência de alguma lei, para seguir a conveniente declaração das Cortes.” (HESPANHA, Antonio Manuel. Um poder um pouco mais que simbólico: juristas e legisladores em luta pelo poder de dizer o direito. In: **História do Direito em Perspectiva: do antigo regime à modernidade**. FONSECA, Ricardo Marcelo; SEELAENDER, Airtón Cerqueira Leite. Curitiba: Juruá, 2008, p. 172).

¹⁴¹ O instituto da Cassação nasce na Revolução Francesa, contudo, Cappelletti indica que seus antecedentes se encontram no direito medieval italiano e francês resgatando as lições de Piero Calamandrei, quem aponta que nas raízes da Cassação está a *querela nulitatis*, um meio de impugnação diverso da apelação que possibilitava o recurso a um juiz superior quando uma sentença estava viciada processual ou *substancialmente*. Na França o equivalente a *querela nulitatis* era a *demande en cassation*, proposta ao Soberano por meio do Conseil des Parties contra as sentenças dos Parlements – órgãos de justiça de última instância – podendo o soberano anular as sentenças

interpretar e suprir lacunas, o Tribunal de Cassação deveria “... frustrar toda tentativa de desviar a vontade dos porta-vozes da vontade geral.”¹⁴² Nesse contexto, o Tribunal de Cassação era entendido como um complemento da Assembleia Legislativa, devendo garantir a integridade da lei, vigiando e controlando os juízes para que esses não se utilizassem da interpretação para trair a vontade soberana do legislador¹⁴³.

Contudo, deve-se registrar que a exaltação da soberania popular absoluta e ilimitada, responsável pelo império da lei democrática e que dá forças ao movimento da codificação, já era vista com preocupação durante os trabalhos da Assembleia Nacional Francesa responsável pela elaboração da Constituição de 1793. Diante dos abusos de poder realizados em nome da soberania popular absoluta e ilimitada sob a égide da Constituição Francesa de 1791, o “Projeto Kersaint”¹⁴⁴, de 1792, foi apresentado à Assembleia Nacional Francesa com o objetivo de criar um mecanismo de controle de constitucionalidade das leis.

Nesse mesmo período, Sieyès – preocupado com a obediência à constituição, que não poderia ficar à mercê do Poder Legislativo – defende em seu pronunciamento na Convenção Nacional de 18 de Thermidor, do ano III da República, a criação de um Conselho Constitucional competente para apreciar a constitucionalidade das leis. O *Jury Constitutionnel* de Sieyès – inspirado em Rousseau¹⁴⁵ – seria composto por um corpo de representantes do povo com a missão de apreciar as reclamações formuladas pelo próprio Legislativo, pelo Conselho dos Anciãos, pelo Conselho de Quinhentos ou pelos cidadãos contra tudo aquilo que pudesse ser considerado uma violação à constituição. O *Jury Constitutionnel* teria ainda a função de apresentar um relatório sobre a constituição,

proferidas contra as ordens régias. (CAPPELLETTI, Mauro. **O Controle Judicial de Constitucionalidade no Direito Comparado...**, p. 39-40).

¹⁴² TREMPs, Pablo Pérez. **Tribunal Constitucional y Poder Judicial**. Centro de Estudios Constitucionales: Madrid, 1985, p. 39.

¹⁴³ FIORAVANTI, Maurizio. **Constitución. De la Antigüedad a nuestros días...**, p. 116.

¹⁴⁴ BON, Pierre. La légitimité du Conseil Constitutionnel français. In: **Legitimidade e legitimação da justiça constitucional**. Coimbra: Coimbra Editora, 1995, p. 140.

¹⁴⁵ O projeto de Sieyès foi inspirado no pensamento de Rousseau, que havia defendido a criação de um tribunal protetor das leis, do Poder legislativo e da soberania popular contra o governo com inspiração nos tribunos romanos, como o Conselho dos Dez de Veneza, e nos éforos de Esparta. No entanto, é importante destacar que a proposta de Rousseau estava preocupada em evitar usurpação do poder e não resolver um problema teórico da estabilidade constitucional. Apesar disso a proposta de Rousseau foi implementada em alguns estados americanos (Nova Jersey 1676, Pensilvânia, 1682 e 1776 Vermont 1777 e Nova Iorque em 1777.) (TREMPs, Pablo Pérez. **Tribunal Constitucional y Poder Judicial...**, p. 42).

de dez em dez anos, informando se haveria necessidade ou não de realizar uma reforma constitucional¹⁴⁶.

Coerente com o que propõe na obra *A Constituinte Burguesa*, Sieyès argumenta que Poder Constituído não poderia se sobrepor à vontade do Poder Constituinte soberano expresso na constituição, razão pela qual propugna pela tutela da supremacia da constituição através da proposição de um mecanismo destinado a sua preservação, que nada mais é do que um controle de constitucionalidade de natureza política.

Contudo, o apego ao legalismo como única fonte legítima de direito, a força dos códigos e da Escola da Exegese, a compreensão de constituição como documento essencialmente político, a rígida interpretação da teoria da separação dos poderes e a desconfiança que os franceses nutriam em relação aos juízes serviram como resistências para a implementação de mecanismos de limitação do poder, o qual permanecia concentrado na soberania nação representada pela supremacia do Poder Legislativo.

A exceção que merece destaque aconteceu na Constituição de 1799 e na Constituição de 1852, nas quais o *Jury Constitutionnel* de Sieyès foi implementado com adaptações, ou seja, atribuindo-se ao *Senát Conservateur*, e não ao Conselho Constitucional, a competência para controlar a constitucionalidade das leis. Contudo, na prática, cabia ao Senado apenas ratificar os atos declarados inconstitucionais por Napoleão. Desse modo, a Constituição do Segundo Império fortaleceu os poderes do Senado, confiando-lhe a guarda da constituição e das liberdades fundamentais. Entretanto, com o advento da Terceira República, a instituição de um órgão competente para guardar a constituição volta a ser condenada, pois somente os legítimos representantes do povo poderiam fiscalizar as leis¹⁴⁷.

Percebe-se, portanto, que na França não havia espaço para o constitucionalismo, tal como preconizado pelos liberais. O domínio absoluto da soberania popular impedia uma composição entre democracia e constitucionalismo e inviabilizava a criação de qualquer instrumento ou instituição destinada ao controle de constitucionalidade das leis. Assim, no período que se segue à Revolução

¹⁴⁶ Sieyès. Escritos y Discursos de la Revolución, *apud* SAMPAIO, José Adércio Leite. **A Constituição Reinventada pela Jurisdição Constitucional...**, p. 32-33.

¹⁴⁷ SAMPAIO, José Adércio Leite. **A Constituição Reinventada pela Jurisdição Constitucional...**, p. 33.

Francesa até a primeira metade do séc. XIX, imperou a concepção de que todo o direito para ser legítimo deveria ser reduzido à lei. Contudo, esse Estado Liberal, calcado exclusivamente no princípio democrático e que se equipara com o Estado Legislativo em virtude da supremacia do Parlamento, provocava, inevitavelmente, grandes instabilidades; afinal, uma produção legislativa constante que não está submetida a nenhuma limitação, torna-se incapaz de efetivar uma verdadeira ruptura com o modelo de produção normativa medieval, uma vez que continua provocando instabilidades e arbitrariedades.

Além disso, deve-se anotar também que a burguesia, que desempenhou um importante papel na luta pela afirmação da soberania popular, não obteve os resultados que dela esperava. A rejeição à proposta do constitucionalismo liberal de limitar o exercício da soberania acarretou na produção de abusos e disputas constantes. Perante a esse quadro de instabilidade política e jurídica, afloram movimentos pós-revolucionários de várias matizes que lutam por aquilo que Hespanha denominou de “des-democratização”¹⁴⁸, ou por aquilo que Pietro Costa chama de “estratégia da suspeita”¹⁴⁹. A tentativa de controlar a tendência ao despotismo popular torna-se o objetivo principal do liberalismo francês da primeira metade do séc. XIX. Os direitos fundamentais à liberdade e à propriedade passam a ser compreendidos como uma barreira àquilo que de mais nefasto pode decorrer do exercício do poder: o arbítrio em nome da eficiência ou da necessidade¹⁵⁰. Ou seja, luta-se por uma limitação da soberania popular e pela consolidação de um núcleo fundamental estável para delimitar o poder do Estado, luta-se, portanto, em nome do fortalecimento do constitucionalismo¹⁵¹.

Uma das mais notáveis críticas à soberania popular como princípio absoluto do Estado Liberal francês foi redigida por Benjamin Constant no início do século

¹⁴⁸ HESPANHA, António Manuel. **Cultura Jurídica Européia...**, p. 351.

¹⁴⁹ COSTA, Pietro. O Estado de Direito: uma introdução histórica. In: **Estado de Direito: história, teoria e crítica**. COSTA, Pietro; ZOLO, Danilo (orgs.) São Paulo: Martins Fontes, 2006, p. 117.

¹⁵⁰ COSTA, Pietro. Idem, p. 117-118.

¹⁵¹ Nesse sentido Cappelini explica que o liberalismo surge França no séc. XIX com “... uma dupla preocupação: salvar o núcleo racional da mensagem revolucionária (os direitos: a liberdade e a propriedade) e por um freio no poder; aquele poder jacobino que em nome do povo e da revolução havia destruído a autonomia do sujeito.” (CAPPELINI, Paolo. Estado de Direito e Direitos do Sujeito: o problema dessa relação na Europa Moderna. Tradução: Luis Ernani Fritoli e Sérgio Said Staut Júnior. In: **História do Direito em Perspectiva: do antigo regime à modernidade**. FONSECA, Ricardo Marcelo; SEELAENDER, Ailton Cerqueira Leite. Curitiba: Juruá, 2008, p. 60).

XIX¹⁵². As contribuições de Constant são feitas durante o período pós-revolucionário, mais especificamente durante a Restauração. Constant percebe que um governo calcado na ideia de soberania popular absoluta inviabiliza a tutela das liberdades individuais, por isso, sua obra propõe um modelo de governo que garanta a realização plena das faculdades da autonomia privada.

Em *Princípios Políticos Constitucionais*, Constant adverte, desde logo, que a soberania popular é um poder legítimo¹⁵³, todavia, precisa ser delimitado para evitar que suas intenções não se concretizem e se crie um estado de despotismo. Para o autor, qualquer poder que seja absoluto coloca em risco as liberdades individuais¹⁵⁴ e não traz benefícios à sociedade, não importa quem esteja no poder e qual seja o regime político adotado. Uma monarquia, uma aristocracia ou uma democracia, soberanamente ilimitadas, são, inevitavelmente, um mal. Por isso, não se pode acusar um regime ou outro de abusos, pois a raiz do despotismo não está no regime político adotado, mas no grau de poder a ele concedido¹⁵⁵.

Para Constant, em uma sociedade governada pela soberania popular não se pode permitir que uma classe de cidadãos aproprie-se da soberania, ou seja, não se pode permitir que nem mesmo os representantes do povo eleitos democraticamente tenham poderes ilimitados para interferir na esfera de liberdade dos indivíduos, a qual é imune a qualquer intervenção, seja da sociedade seja do Estado. Nesse sentido, afirma que “Onde começa a independência e a existência

¹⁵² No entanto, outras críticas devem ser lembradas. Entre elas se destaca a obra *Reflexões sobre a Revolução Francesa*, do inglês Edmund Burke, que influenciado pela *commun law*, defende que a competência para fazer a constituição – a competência para tomar decisões fundamentais para a Nação – não é apenas da geração presente, mas sim de um complexo de interações entre as tradições do passado, do presente e do futuro. Assim, para ele a Revolução Francesa foi baseada em uma falsa ideia de que a Constituição pode ser fruto de um contrato social descontextualizado historicamente, ignorando toda a ordem social e política preexistente. Como explica Hespanha, “Esta ideia de Burke acerca da ilegitimidade de uma alteração decisionista, momentânea, revolucionária, da constituição radicava, de facto, numa outra ideia sobre soberania: esta não era propriedade de uma geração, mas antes detida apenas por uma tradição de muitas gerações; neste sentido, o princípio de que a ‘soberania reside na Nação’ só é verdadeiro se se entender a Nação como uma realidade trans-histórica, feita de passado, presente e provir, de que a geração presente não é senão uma concretização efêmera e, por isso, desprovida de poderes constituintes.” (**Cultura Jurídica Européia...**, p. 354). Sobre as críticas de Edmund Burke à Revolução Francesa ver também FIORAVANTI, Maurizio. **Constitución. De la Antigüedad a nuestros días...**, p. 110 -118).

¹⁵³ De acordo com o autor só existem dois poderes legítimos no mundo: a força que é um poder ilegítimo e a vontade da maioria que é um poder legítimo. (CONSTANT, Benjamin. **Princípios Políticos Constitucionais**. Tradução: Maria do Céu Carvalho. Rio de Janeiro: Liber Jûris, 1989, p. 62).

¹⁵⁴ CONSTANT, Benjamin. Idem, p. 62.

¹⁵⁵ CONSTANT, Benjamin. Idem, p. 62-63.

individual termina a jurisdição da sociedade.”¹⁵⁶ Essa é uma premissa fundamental para que a soberania popular não se torne déspota. Por isso, não importa que certos atos sejam legitimados pela vontade da maioria, já que dentro da esfera individual a vontade coletiva não tem relevância e autorização para intervir.

A partir dessa argumentação, Constant acusa o Contrato Social de Rousseau de ser “... o instrumento mais terrível de todas as formas de despotismo”¹⁵⁷, pois oprime a esfera da liberdade individual fundamental para o homem. Para Constant, quando Rousseau afirma que a soberania não pode ser alienada e limitada, ele anula o próprio princípio da soberania popular que tanto defende, pois somente a limitação da soberania é que pode construir governos capazes de proteger os indivíduos¹⁵⁸.

Os direitos individuais intrínsecos do homem (a liberdade individual, religiosa, de opinião e de propriedade)¹⁵⁹ não podem ser violados por nenhuma autoridade e devem ser respeitados pela soberania popular, que está condicionada aos ditames da justiça e dos direitos individuais¹⁶⁰. A vontade da maioria não legítima um ato de violação a um direito individual porque à maioria não foi conferida a soberania absoluta. Em suma, para Constant todo despotismo é ilegal e nem mesmo a soberania popular pode legitimá-lo¹⁶¹.

É preciso destacar ainda a advertência feita por Constant de que a limitação da soberania não pode ser dar em abstrato, é necessário que se vislumbrem instituições que a limitem adequadamente. Assim, para conter o poder popular, propõe a instituição de um Poder moderador¹⁶², do sistema representativo, do voto censitário, do bicameralismo e a separação de poderes¹⁶³.

¹⁵⁶ CONSTANT, Benjamin. Idem, p. 64.

¹⁵⁷ CONSTANT, Benjamin. Idem, Ibidem. A crítica de Constant a Rousseau é relatada por BOBBIO, Norberto. **Liberalismo e Democracia...**, p. 09.

¹⁵⁸ CONSTANT, Benjamin. **Princípios Políticos Constitucionais...**, p. 65.

¹⁵⁹ CONSTANT, Benjamin. Idem, p. 68. Conforme explica Cláudio Pereira Souza Neto, os direitos individuais de Constant se identificam com direitos naturais porque funcionam como uma referência de legitimidade estranha ao poder do Estado. Constant utiliza o modelo de contrato de Locke que protege parcela da liberdade natural, destacando, em especial os direitos de liberdade individual. (**Jurisdição Constitucional e Racionalidade Prática**. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 30).

¹⁶⁰ CONSTANT, Benjamin. **Princípios Políticos Constitucionais...**, p. 70.

¹⁶¹ CONSTANT, Benjamin. Idem, p. 72.

¹⁶² Nesse sentido, Maurizio Fioravanti explica que para Constant os direitos estão na lei, cabendo à Constituição apenas determinar a forma de governo, isto é, a relação entre os poderes,

Quanto à separação de poderes, defende que seu núcleo fundamental não reside no fato de um Poder não estar autorizado a violar os direitos dos indivíduos sem a aprovação do outro, mas no fato de que nenhum Poder pode violá-los. A divisão de poderes seria inútil se os poderes permanecessem ilimitados¹⁶⁴. A soberania é limitada de modo que nenhuma espécie de poder, nem mesmo o poder do povo, representado pelo Poder Legislativo, pode fazer da lei o que bem entender. A fim de equilibrar os Poderes do Estado, Constant propõe a instituição do Poder moderador, um poder neutro concedido ao monarca para estabilizar os conflitos entre os demais poderes.

No que tange à instituição do sistema representativo e do voto censitário, Constant socorre-se da ideia de *liberdade dos modernos* em contraposição à *liberdade dos antigos*. Nas palavras do autor “O objetivo dos antigos era a partilha de poder social entre todos os cidadãos de uma mesma pátria. Era isto o que eles denominavam como liberdade. O objetivo dos modernos é a segurança no gozo de seus direitos privados...”¹⁶⁵. Portanto, para os modernos, a liberdade não era a possibilidade de participação ativa nas decisões públicas como era para os antigos. A *liberdade dos modernos* era liberdade de ação na esfera privada, a liberdade de escolher o modo de vida desejado sem a interferência do Estado, mas, pelo contrário, com a sua proteção¹⁶⁶.

que é o instrumento primordial para proteger os direitos fundamentais. Foi a partir dessa ideia de Constituição, que Constant tenta solucionar os conflitos entre legislativo e executivo através da instituição de um Poder moderador conferido ao monarca, quem deveria estabilizar e disciplinar o processo de decisão política. (**Constitución. De la Antigüedad a nuestros días...**, p. 129).

¹⁶³ CONSTANT, Benjamin. **Princípios Políticos Constitucionais...**, p. 77 e ss.

¹⁶⁴ CONSTANT, Benjamin. Idem, p. 67. É importante frisar que para Constant a divisão entre forma de governo e forma de Estado cunhada por Kant era muito relevante. Entendia, assim como Kant, que a liberdade e a igualdade não seriam garantidas por uma monarquia ou por uma república, mas por uma forma de organização dos poderes que evitasse o autoritarismo de um poder sobre os demais. (FIORAVANTI, Maurizio. **Constitución. De la Antigüedad a nuestros días...**, p. 123).

¹⁶⁵ CONSTANT, B. **Da liberdade dos Antigos à Liberdade dos modernos...**, p. 496 *apud*. RIBAS, José Vieira. Introdução ao pensamento de Benjamin Constant. In: **Princípios Políticos Constitucionais...**, p. 51.

¹⁶⁶ De acordo com Arendt, após as Revoluções burguesas do séc. XVIII e XIX, o homem deixa de ter um “gosto pela liberdade política” e resguarda-se na “esfera interior da consciência”, onde se passa a luta interna entre o indivíduo e o cidadão, luta na qual o indivíduo tem se sobreposto ao cidadão – característica central desses séculos e até mesmo do séc. XX. (**A Revolução...**, p. 112). Os problemas decorrentes do abandono da esfera pública em detrimento da esfera privada são trabalhados pela autora de forma brilhante em **A Condição Humana**. 9ª. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999, p. 9-89. Uma crítica mais severa é formulada por Verdu: “Efetivamente, o liberalismo clássico, ao clamar pela soberania do indivíduo, recorta a esfera pública e propõe a exaltação da individual e privada. Suas cautelas ante ao poder político levam à dissociação do Estado-sociedade

De acordo com o autor, o exercício da *liberdade dos antigos*, isto é, da liberdade como participação política, era limitado pelo modo de vida imposto pelo liberalismo, uma vez que seus afazeres na esfera privada eram a prioridade do homem moderno. Ademais, para participar da vida pública de uma nação, não bastava que o cidadão tivesse nascido naquela nação e que já tivesse alcançado uma idade adequada para participar da vida pública. Era fundamental a reunião de mais requisitos: a disponibilidade de tempo para se manter informado dos assuntos que permeiam a vida pública e para formar uma opinião consistente sobre eles. Essa terceira condição imposta por Constant para participação política só seria preenchida pela classe proprietária, a única com disponibilidade de tempo suficiente para obter capacitação para exercer os direitos políticos.

Nesse contexto, o sistema de participação na política mais adequado seria o sistema representativo combinado com o voto censitário¹⁶⁷, que concentraria nas mãos de alguns poucos políticos profissionais, eleitos democraticamente, a tarefa de zelar pelo interesse público. Assim, para Constant, o sistema representativo é uma forma de desonerar de um encargo tão pesado e complexo a sociedade liberal. Hespanha destaca que é preciso estar claro que para Constant a impossibilidade de todos participarem da vida pública não decorria de uma incapacidade dos indivíduos, mas de uma desconfiança quanto à capacidade de participação na vida pública diante dos afazeres da vida privada¹⁶⁸.

Frequentemente, Constant foi e é visto como um intelectual a serviço da burguesia que buscava limitar a soberania popular e, por conseqüência, o processo democrático. Nessa linha, Cláudio Pereira Souza Neto afirma que Constant buscava estruturar uma monarquia constitucional moderada que atendesse os anseios de

em um sentido despolitizador e anarquizante.” (**Curso de Derecho Político. Vol. I.** 2ª. ed., Madri: Editorial Tecnos, 1992, p. 230).

¹⁶⁷ Constant defende a instituição do voto censitário afirmando que “Nas sociedades atuais o nascimento no país e a maturidade não bastam para conferir aos homens as qualidades exigidas para o exercício dos direitos da cidadania. Aqueles a quem a indigência mantém em uma eterna dependência e condena aos trabalhos diários, não têm a maior informação que as crianças sobre os assuntos públicos, nem têm maior interesse do que os estrangeiros na prosperidade nacional, cujos elementos não conhecem e de cujos benefícios só participam indiretamente.” (CONSTANT, Benjamin. **Princípios Políticos Constitucionais**... p. 118). Sobre a definição de proprietário, ver. p. 121-127).

¹⁶⁸ HESPANHA, António Manuel. **Cultura Jurídica Européia**... p. 353. É fundamental deixar claro que para Constant a existência dessa esfera de liberdade privada não afasta a responsabilidade do cidadão de participar da vida política. De acordo com o José Ribas Vieira, para Constant a liberdade individual e a liberdade política são interdependentes, cada uma delas dentro de suas respectivas funções é fundamental para o estabelecimento e garantia da outra. (Ribas, José Vieira. Introdução ao pensamento de Benjamin Constant... p. 51-52).

Luís XVIII, no entanto, apesar de chegar a conclusões muito parecidas com as de Locke e Montesquieu, sua obra assemelha-se a uma “verdadeira cruzada antidemocrática.”¹⁶⁹. Por outro prisma enxerga José Ribas Vieira, quem destaca que as leituras mais recentes das obras de Constant indicam que ele sempre se opôs a todas as formas de governo despótico (o terror revolucionário francês, militarismo napoleônico e o conservadorismo Restaurador), uma vez que esses governos ameaçavam o que havia de mais precioso para o indivíduo: a sua liberdade. Assim, Constant via na Revolução Francesa um momento muito rico para o desenvolvimento humano, à medida que garantiu direitos políticos e reafirmou a liberdade individual. Para Constant, esses direitos deveriam ser os pontos de partida para a construção de uma nova sociedade, na qual o indivíduo pudesse se constituir como livre e autônomo¹⁷⁰.

Em que pese a relevância de uma adequada interpretação da obra de Constant, o fato é que sua obra parece ter sido uma influência decisiva na compreensão da soberania popular pelos franceses. Não se pode afirmar, logicamente, que a obra de Constant faz uma reviravolta na estrutura do Estado Liberal francês calcado na soberania popular e na supremacia do Parlamento. Todavia, é um exemplo bastante ilustrativo da insatisfação da classe burguesa com o resultado alcançado pela Revolução de 1789. Desse modo, pode-se identificar o pensamento de Constant como símbolo do sentimento que começava a florescer no seio da classe burguesa e que conduziu a um certo temperamento do princípio da soberania popular.

Contudo, a flexibilização da soberania popular não se deu em território francês com adoção de algumas premissas do constitucionalismo ou com a adoção de uma jurisdição constitucional. Permaneceu incólume à soberania do Poder Legislativo e à vedação de qualquer espécie de controle de constitucionalidade das leis, especialmente por parte do Poder Judiciário, o qual se atrelava cada vez mais às linhas traçadas pelo positivismo jurídico. Assim, o princípio democrático, consubstanciado pela soberania popular, não sofreu qualquer limitação explícita. Na verdade, a solução encontrada pelos franceses para conter os excessos da

¹⁶⁹ **Jurisdição Constitucional e Racionalidade Prática...** p. 33. No mesmo sentido é a interpretação de Gustavo Binbenbojm, para quem seu conservadorismo e tendência autoritária de Constant, tornam o seu pensamento incompatível com qualquer ideal democrático. (BINENBOJM, Gustavo. **A nova jurisdição constitucional brasileira...**, p. 23).

¹⁷⁰ RIBAS, José Vieira. Introdução ao pensamento de Benjamin Constant..., p. 47.

soberania popular foi a recepção da concepção de Estado de Direito adotada pelo Estado Alemão.

A ideia central do Estado de Direito alemão parte de uma tentativa de desvincular a legitimidade do direito do princípio democrático¹⁷¹, passando o direito a ser legítimo em virtude de sua própria natureza¹⁷². Tal transformação na compreensão acerca da legitimidade do direito, que preservou a soberania do Estado para dizer o direito, deve-se às ideias de Hegel. Conforme explica Hespanha, para Hegel o direito não pode ser entendido como fruto de um contrato, deve se identificar com o Estado, que simboliza os interesses gerais da Nação. Assim, o direito é legítimo por ser capaz de traduzir a vontade do Estado, o qual reúne a totalidade dos interesses públicos. As instituições do Estado, por sua vez, reúnem e perseguem o interesse público, sendo que os órgãos representativos têm a função de promover os interesses da Nação, reconsiderando os seus interesses particulares sob a ótica dos interesses públicos da Nação¹⁷³. Para Hegel, o Estado é muito mais do que uma forma de organização do poder, é um instrumento de representação do interesse público através de um método racional de produção normativa.

¹⁷¹ Nessa empreitada, António Hespanha destaca a importância do pensamento pioneiro de Emmanuel Kant, que ao propor uma releitura do princípio da soberania popular propugna por uma Constituição Republicana; isto é, uma Constituição fundada sob os alicerces do princípio da liberdade e da igualdade. Por liberdade Kant entendia que somente a lei poderia limitar o exercício do direito da liberdade para garantir mais liberdade a todos. Por igualdade, entendia que todos deveriam ser iguais diante da lei. Contudo, para que uma Constituição Republicana fosse efetiva era necessário ter uma forma de governo adequada, ou seja, a relação entre o poder soberano de fazer a lei e os outros poderes deveria ser equilibrada. A intenção era evitar um governo despótico, o que ocorre inevitavelmente quando o poder soberano para fazer a lei concentra também o poder de coação e execução, além de outros poderes, como o de nomear magistrados. Dessa forma, para Kant uma Constituição Republicana (liberdade e igualdade) não é garantida pela forma de Estado (monarquia, aristocracia ou democracia), mas pela forma de governo: a separação e o equilíbrio entre os poderes. Assim, não importa a forma de Estado, seja monarquia, seja aristocracia ou democracia, o direito é legítimo quando consegue combinar liberdade e igualdade. Com isso, Kant dá o primeiro passo para desvincular a legitimidade do direito da tese contratualista e do princípio democrático. (**Cultura Jurídica Européia...**, p. 366-367).

¹⁷² O romantismo de Savigny seguia mais ou menos a mesma linha, já que o direito não seria fruto de um contrato social, mas do “espírito do povo” (Volkgeist) manifesto em instituições, hábitos e costumes históricos e culturais não apreensíveis apenas em um momento histórico determinado, mas pelo intenso trabalho de pesquisa sobre as tradições jurídicas feita pelas elites cultas. Assim, a Escola Histórica alemã opta pelo direito tradicional em detrimento do direito legal, contudo o direito tradicional não se confunde com o direito popular, uma vez que era constituído pela tradição do direito letrado, judicial e acadêmico. Portanto, a verdadeira constituição é feita pelo conjunto de instituições, fatos e interações da vida social que não seriam eliminadas pela vontade do legislador. (HESPANHA, António Manuel. Idem, p. 355).

¹⁷³ HESPANHA, António Manuel. **Cultura Jurídica Européia...**, p. 367-368.

A partir dessa concepção de legitimidade do direito, Fioravanti destaca que é Hegel quem desenvolve, pela primeira vez, a ideia de constituição como núcleo fundamental do Estado. Na obra *A Constituição na Alemanha*, Hegel critica o modelo de constituição adotado pela Alemanha, que em sua opinião nada mais era do que um cadastro de direitos individuais compreendidos como se fossem direitos privados. Fioravanti explica que o problema verificado por Hegel era que a Alemanha possuía uma “... constituição jurídica, estabelecida contratualmente e como tal exigível pelas partes perante os tribunais, mas não tinha uma constituição estatal que expressasse a existência de um Estado, de um princípio político comum dotado de autoridade própria.”¹⁷⁴ Para Hegel, a constituição estatal era de suma importância porque seria a forma de declarar a soberania do Estado, o que tornaria impossível a soberania de qualquer agente político fora do contexto constitucional. Assim, a constituição representaria uma ordem fundamental estável, a qual estariam submetidos todos os poderes do Estado e toda a sociedade¹⁷⁵.

A ideia de soberania do Estado – também trabalhada por Gerber e Laband na releitura do direito público alemão – foi levada adiante por Jellinek, que defendeu que a garantia dos direitos do indivíduo só seria possível através da compreensão do Estado como Estado de Direito, ou seja, somente o Estado de Direito poderia negar a soberania política do monarca ou do povo em nome da tutela dos direitos fundamentais¹⁷⁶. Consolida-se aqui a ideia de Estado de Direito¹⁷⁷. A constituição deixa de ser um produto da soberania popular para representar o estatuto jurídico do

¹⁷⁴ FIORAVANTI, Maurizio. **Constitución. De la Antigüedad a nuestros días...**, p. 135.

¹⁷⁵ FIORAVANTI, Maurizio. *Idem*, p. 137.

¹⁷⁶ FIORAVANTI, Maurizio. *Idem*, p. 141.

¹⁷⁷ É importante observar que Estado de Direito e *rule of law* não significam a mesma coisa. A primeira tem origem no liberalismo alemão da segunda metade do século XIX e influenciou, particularmente, as concepções de Estado durante a unificação italiana e a Terceira República Francesa. O *rule of law* tem raízes na história política-constitucional inglesa e serviu como inspiração principal para a construção da estrutura constitucional norte-americana. O conteúdo material do *Rechtsstaat* alemão era a proteção da propriedade e da liberdade. Já o *rule of law* inglês, calcando em tradições seculares, tem como fundamento central a igualdade jurídica dos indivíduos perante o Estado, a supremacia do Parlamento e a proteção dos direitos fundamentais individuais. Apesar das distinções entre *rule of law* e Estado de Direito, a retomada da ideia de Estado de Direito *latus sensu* caracteriza-se por sua intrínseca relação com a proteção dos direitos subjetivos. Trata-se, portanto, de uma doutrina que põe em primeiro plano a tutela dos direitos fundamentais consagrados pelas revoluções burguesas e que marcam o constitucionalismo moderno. Assim, tanto teóricos europeus quanto anglo-saxões vêm na tutela dos direitos fundamentais individuais a fonte primária de legitimação do sistema político. (ZOLO, Danilo. *Teoria e Crítica do Estado de Direito*. In: **Estado de Direito: história, teoria e crítica**. COSTA, Pietro; ZOLO, Danilo, São Paulo: Martins Fontes, 2006, p. 4-11).

Estado, responsável por guiá-lo na perseguição do interesse público¹⁷⁸. A lei, por sua vez, torna-se a expressão da vontade do Estado, emanada pelo seu órgão representativo, e limite para sua atuação. Nasce o princípio da legalidade como princípio vetor da atividade legislativa. Como explica Hespanha, o conceito de lei transforma-se sem deixar de ser central. Forma-se um “círculo legalista”¹⁷⁹: acima da lei está apenas a vontade soberana do Estado, mas a vontade do Estado deve se expressar através da lei¹⁸⁰.

A partir dessas ideias, na segunda metade do séc. XIX, a França, que ainda estava sob domínio absoluto do Parlamento – herança revolucionária do governo do povo e da soberania popular ilimitada – encontra no ideal alemão do Estado de Direito uma forma de limitar a soberania popular. Raimond Carré de Malberg, o maior estudioso francês do direito público da virada do século, ao reconhecer a necessidade dos cidadãos de usufruir de instrumentos que protegessem seus direitos fundamentais dos arbítrios do Poder Legislativo, socorreu-se da doutrina alemã do Estado de Direito para pôr limites na tendência do direito público francês que estava sobre o domínio ilimitado dos representantes do povo. Assim, a saída era mesmo a consolidação de um *État de Droit* que subordinasse todos os poderes aos ditames da Constituição, de modo que o Poder Legislativo se tornasse simples órgão de Estado submetido à constituição estatal, mitigando a ideia de que toda a soberania popular concentra-se nas Assembleias Legislativas e impedindo, definitivamente, que o legislador ordinário desempenhasse o papel constituinte ao colocar a constituição em um plano hierárquico superior ao do Parlamento¹⁸¹.

¹⁷⁸ Neste sentido, confira-se: BERCOVICI, Gilberto. A Constituição Dirigente e a Crise da Teoria da Constituição. In: **Teoria da Constituição**: Estudos sobre o Lugar da Política no Direito Constitucional. SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; BERCOVICI, Gilberto; MORAES FILHO, José Filomeno; LIMA, Martonio Mont’Alverne B. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003, p. 82 e ss.

¹⁷⁹ HESPANHA, António Manuel. **Cultura Jurídica Européia...**, p. 370.

¹⁸⁰ Álvaro Cruz explica que “Na Alemanha o contexto histórico-político também não foi propício para o desenvolvimento de um controle judicial de constitucionalidade das leis. O conservadorismo prussiano e o apego ao positivismo científico pela Escola Histórica de Savigny e pela Jurisprudência dos Conceitos foi importada para o direito público por Gerber e desenvolvida por Laband. Para ambos “inexistindo vontade superior ao governante/monarca, origem da legitimidade da força coativa do Direito, tanto a Constituição quanto o ordenamento normativo ordinário dependiam de seus desígnios. Logo, seria impensável o controle da constitucionalidade de uma lei, especialmente se a mesma fosse fruto da vontade do monarca.” (**Jurisdição Constitucional Democrática...**, p. 84) Esse pensamento permaneceu praticamente intacto até o séc. XX com a obra de Jellineck, que a despeito utilizar elementos sociológicos para explicar a formação da teoria do Estado, continuou a defender que a vontade do monarca deveria ser observada pelos juízes.

¹⁸¹ ZOLO, Danilo. **Teoria e Crítica do Estado de Direito...**, p. 11-25.

Portanto, diante da impossibilidade de colocar em prática no território francês um controle de constitucionalidade, a limitação da soberania popular dá-se na França essencialmente através do Estado de Direito.

Essa concepção de Constituição do Estado – que reduz todos os sujeitos políticos, inclusive a Assembleia de representantes do povo soberano, a dimensão institucional de órgãos do Estado – contamina todos os Estados Liberais europeus na virada do séc. XIX para o séc. XX, pois se apresentava como a solução para a instabilidade – fruto da exacerbação do princípio democrático capaz de manter a legitimidade das normas jurídicas. Por conseguinte, a legitimidade das constituições desse período não decorre do princípio democrático, mas da identidade entre Estado e Direito¹⁸². Em razão disso, Pietro Costa refere-se ao Estado de Direito como instrumento de “juridicização do poder” que busca a limitação da imprevisível vontade soberana¹⁸³⁻¹⁸⁴. Nesse sentido, arremata com precisão Fioravanti:

“O Estado de Direito dava assim uma resposta forte e adequada à necessidade de estabilidade que atravessava a Europa liberal após a Revolução, com a condição de dar um corte seco, de negar toda origem revolucionária do direito público europeu, manifestando-se de maneira explícita contra o princípio majoritário.”¹⁸⁵

Para completar, a decadência do princípio da soberania popular, ganha força na democracia liberal do séc. XIX o voto censitário¹⁸⁶, que tinha como um de seus principais argumentos de defesa o fato de que se a maioria dos representantes parlamentares fossem pessoas do povo, logo começaria a destruição do ordenamento jurídico “... fundado na liberdade e na propriedade, cancelando aquele

¹⁸² FIORAVANTI, Maurizio. **Constitución. De la Antigüedad a nuestros días...**, p. 147.

¹⁸³ COSTA, Pietro. O Estado de Direito: Uma Introdução Histórica..., p. 194.

¹⁸⁴ De forma muito semelhante, Pablo Lucas Verdú refere-se à “... juridicização do político pelo liberalismo”. De acordo o autor o pensamento liberal teve como principal objetivo configurar o exercício do poder político dentro de certos limites e com certas garantias que visassem a proteção da liberdade. Assim, as garantias do constitucionalismo se incorporam ao jurídico mediante a ideia de Estado de Direito. A juridicização do político pelo liberalismo se deu através de três caminhos: 1) a limitação do poder absolutista, 2) a criação de um direito racional e universal e 3) a instituição da democracia representativa para assegurar a participação da burguesia no poder. Com isso o autor afirma que a política liberal se reduz a ideia de Estado de Direito, que tem como conteúdo o Direito constitucional liberal-burguês protetor da liberdade e da propriedade. (**Curso de Derecho Político...**, p. 30).

¹⁸⁵ FIORAVANTI, Maurizio. **Constitución. De la Antigüedad a nuestros días...**, p. 142.

¹⁸⁶ “Na Itália, o filósofo Antonio Rosmini propõe que ao lado do voto censitário, seja criada uma Suprema Corte de Justiça política que tutelasse a Constituição em face das assembleias legislativas. No entanto, a tradição europeia “legicêntrica” era muito forte para permitir o controle de constitucionalidade das leis.” (CAPPELINI, Paolo. Estado de Direito e Direitos do Sujeito: o problema dessa relação na Europa Moderna. Tradução: Luis Ernani Fritoli e Sérgio Said Staut Júnior. In: **História do Direito em Perspectiva**. Curitiba: Juruá, 2008, p. 62).

primado da qualidade sobre a quantidade, do número sobre a massa, do que dependem a civilização e o progresso.”¹⁸⁷

Com o voto censitário, o sistema representativo liberal firmou-se como uma ordem política aristocrática inspirada em saberes platônicos e socráticos que determinavam que o governo deveria ser exercido pelos mais capacitados. Essa ideia era nítida nos textos produzidos pelos teóricos da época que se esforçavam para convencer o povo de sua incapacidade para governar¹⁸⁸. Somente um Parlamento composto pelas elites atendia às necessidades da burguesia e, conseqüentemente, do capitalismo, uma vez que tornava o Parlamento o centro de administração de conflitos de interesses e não de uma democracia real¹⁸⁹.

Diante da instituição do voto censitário no âmbito do Estado Liberal, é certa a afirmação de Bobbio: “Estado Liberal não é necessariamente um Estado democrático: ao contrário realiza-se historicamente em sociedades nas quais a participação no governo é bastante restrita e limitada às classes possuidoras”¹⁹⁰. Da mesma forma, complementa o autor, um governo democrático não é necessariamente liberal, tanto é que o Estado Liberal entra em crise justamente em virtude do aprimoramento do modelo democrático, que progressivamente conquista espaço na sociedade, por meio do sufrágio universal.

Nesse quadro de dominação política e econômica das elites burguesas, a jurisdição constitucional não teria nenhuma utilidade, pelo contrário, poderia prejudicar os interesses do Parlamento que, por motivos muito distintos do que a mera convicção em um governo democrático, queria continuar atuando livremente, sem estar vinculado a uma constituição e sem ser fiscalizado por um tribunal de qualquer natureza.

Portanto, os cem anos que se seguiram à Revolução Francesa trabalharam na contramão do seu ideal democrático, restando à soberania popular o campo da luta política que dominou o período pré-revolucionário, mas que já não se fazia presente com mesma força, uma vez que submetida ao Estado de Direito. Assim, no embate travado entre constitucionalismo e democracia, por hora triunfava o

¹⁸⁷ CAPPELINI, Paolo. Estado de Direito e Direitos do Sujeito..., p. 61.

¹⁸⁸ BONAVIDES, Paulo. **Ciência Política**..., p. 208.

¹⁸⁹ WOLKMER, Antonio Carlos. **Ideologia, Estado e Direito**..., p. 91.

¹⁹⁰ BOBBIO. Norberto. **Liberalismo e Democracia**..., p. 07-08.

constitucionalismo sob as vestes do Estado de Direito, permanecendo forte, porém, a resistência à adoção de uma jurisdição constitucional.

1.3.2 O judicial review norte-americano

Enquanto na Europa a conciliação entre constitucionalismo e soberania popular não conseguia encontrar um ponto de equilíbrio, nos Estados Unidos a composição de um governo democrático limitado pelo constitucionalismo criou um território propício para o surgimento do controle judicial de constitucionalidade¹⁹¹.

Para os norte-americanos, a legitimidade do direito não decorria apenas da lei democrática, mas do respeito aos direitos naturais dos indivíduos que precediam à criação da lei positiva. Na raiz desse pensamento estavam as ideias de John Locke e o constitucionalismo inglês, que tinham como ideal o governo limitado pelos direitos individuais e pela divisão de poderes. Assim, nos Estados Unidos, a constituição é uma reunião de direitos individuais, anteriores a qualquer poder constituído, positivados em um documento escrito superior que tem dupla função: instituir e limitar o poder do Estado, de modo que qualquer intromissão do Estado na esfera dos direitos individuais naturais do homem seria ilegítima, mesmo que proveniente de um órgão representativo como o Parlamento¹⁹².

¹⁹¹ A ideia básica de jurisdição constitucional como instrumento de proteção da lei fundamental já poderia ser encontrada em Atenas com a distinção entre *nomos* (lei superior) e *pséfisma* (algo parecido com normas infraconstitucionais). As alterações as *nómoi* só poderiam ser feitas através do *nomothétes*, um corpo legislativo eleito especialmente para esse fim. A *pséfisma*, por sua vez, era elaborada pela Assembleia Popular (*Ekklesia*). Em Esparta vale lembrar dos *éforos*, a quem cabia o controle sobre a vida pública e privada, bem como sobre a “Constituição”. José Adércio Leite Sampaio indica a essência desses modelos pode ser encontrada em Platão “com a obrigação da lei reproduzir uma ordem imutável e divina, nunca os interesses mundanos”, e em Aristóteles “com sua exigência de lei justa, produto da razão e não das paixões humanas, contrapondo a ordem natural transcendente à ordem legal, cambiante, bem assim com a sua concepção de *politeia*: leis fundamentais de organização do Estado, superiores às leis ordinárias.” Sampaio ainda ressalta que nessa retomada histórica da origem da essência da jurisdição constitucional, não se pode deixar de citar a importância que o *jus naturale* teve como parâmetro de validade do *jus positum* na Idade Média. Ideias trabalhadas pelos escolásticos e posteriormente absorvida por Grotius, Punderfort, Wolf e Kant (**A Constituição Reiventada pela Jurisdição Constitucional...**, p. 24-26).

¹⁹² A supremacia da Constituição diante dos poderes constituídos estava clara para os norte-americanos, que inclusive notavam a distinção da concepção de constituição por eles adotada da concepção de constituição que vinha sendo acolhida no continente europeu. Nesse sentido, Madison manifesta-se no *Federalista* nº. 53: Madison: “A importante distinção tão bem compreendida na América, entre uma Constituição estabelecida pelo povo e inalterável pelo governo, e uma lei baixada e alterável pelo governo parece ter sido menos compreendida e menos observada em qualquer outro país. Onde quer que se situe o poder supremo de se legislar, supõe-se que também

Aqui estava explícita a ideia liberal de que o Estado deveria existir apenas para proteger os direitos preexistentes de liberdade e propriedade dos cidadãos, a qual irá ocupar o lugar central no constitucionalismo americano e ensejar o princípio do governo republicano: um governo limitado pelos direitos naturais do homem através de uma série de mecanismos como o bicameralismo, a federação e o controle judicial de constitucionalidade das leis¹⁹³.

No entanto, esse modelo aparentemente harmônico de governo, que respeita a democracia e salvaguarda a constituição, não nasceu pronto. Em que pese a supremacia da constituição ter sido, desde a época da colônia, uma ideia consolidada entre os norte-americanos, a composição do governo democrático não ficou imune às disputas pelo poder e aos jogos de interesse. O equilíbrio entre democracia e constitucionalismo alcançado nos Estados Unidos é, antes de mais nada, fruto do processo histórico de sua formação. Por isso, é importante resgatar os fatos históricos responsáveis por abrir caminho para o controle de constitucionalidade como um instrumento de limitação da vontade majoritária expressada pelo Poder Legislativo.

Alguns germes da ideia de central de controle de constitucionalidade como um mecanismo destinado a proteger a constituição, lei suprema que se impõe diante dos poderes constituídos, vinham se instalando desde o período colonial. Como exemplo dessa situação, deve-se lembrar aqui, por mais paradoxal que possa parecer, da doutrina inglesa desenvolvida pelo Sir. Edward Coke para o *commum law*, aplicada na Inglaterra e em suas colônias durante o séc. XVII¹⁹⁴.

Até a insurgência da Revolução Gloriosa de 1688, o sistema inglês pautava-se pela *commun law*, o qual poderia ser complementado pela *statutory law*, isto é, por leis escritas que guardassem absoluto respeito e compatibilidade com o *commun law*. Calcada nessa premissa, a tese de Sir. Edward Coke conferia aos juízes

se encontra o poder integral de alterar a forma de governo. Mesmo na Grã-Bretanha – onde os princípios da liberdade política e civil têm sido tão analisados e onde mais ouvimos falar dos direitos da Constituição – assegura-se que a autoridade do parlamento é transcendente e incontrolável, tanto em relação à Constituição, como às matérias comuns de provisão legislativa.” (**O Federalista...**, p. 430)

¹⁹³ ZOLO, Danilo. **Teoria e Crítica do Estado de Direito...**, p. 42.

¹⁹⁴ CAPPELLETTI, Mauro. **O Controle Judicial de Constitucionalidade das leis no direito comparado...**, p. 60.

competência para solucionar os atritos entre o Parlamento e o monarca, bem como para garantir a supremacia do *commun law*¹⁹⁵.

Assim, em 1610, Chief Justice Edward Coke defendeu e aplicou o controle judicial de constitucionalidade das leis no famoso Dr. Bonham's Case. O caso envolvia o Royal College of Physicians, que havia aplicado pena de prisão e multa ao Dr. Bonham. Parte dessa multa reverteria em benefício do próprio Conselho. De acordo com Coke, essa postura do Conselho tornava-o simultaneamente juiz e parte da causa, o que iria de encontro à máxima do *commun law* de que ninguém pode ser juiz de sua causa própria. Por isso, Coke invalidou a lei elaborada pelo Parlamento que conferia ao Conselho aquela competência, uma vez que incompatível com o postulado do *commun law*¹⁹⁶. Em discussão com o rei James I, Coke afirmou que até mesmo o monarca estava submetido à lei¹⁹⁷.

Graças a Edward Coke, o *commun law* subiu a um plano normativo superior, qualificando-se como instrumento capaz de limitar a força da lei parlamentar mediante o trabalho das Cortes¹⁹⁸. Assim, se na tarefa legislativa o Parlamento traísse sua natureza fundamental, os juízes não deveriam hesitar em não aplicar a lei, pois sua função era garantir que as leis se mantivessem fiéis ao

¹⁹⁵ Cruz anota que apesar de provocar divergências na doutrina, outro precedente inglês pode ser lembrado como estando na raiz da ideia de controle de constitucionalidade. Trata-se das decisões do Privy Council entre 1698 e 1782. A pedido do *Board of Trade and Plantation*, o Conselho anulou mais de seiscentas leis consideradas contrárias ao *statute law's Westminster*, documento utilizado pela Coroa Britânica para limitar os atos legislativos das Assembleias das Treze Colônias. (CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza. **Jurisdição Constitucional Democrática**..., p. 86).

¹⁹⁶ MORO, Sérgio Fernando. **Jurisdição Constitucional como Democracia**. Revista dos Tribunais: São Paulo, 2004, p. 20.

¹⁹⁷ Bittencourt ressalta que supremacia do Parlamento era tão cara aos ingleses que a ousadia de Edward Coke ao defender a interpretação da lei feita pelo Judiciário era superior àquela feita pelo Parlamento ou pelo monarca rendeu-lhe a destituição do cargo. (**O controle jurisdicional da constitucionalidade das leis**. Brasília, DF: Ministério da Justiça, 1997, p. 21).

¹⁹⁸ De acordo com Danilo Zolo a tutela dos direitos fundamentais individuais no constitucionalismo inglês é antes fruto do trabalho resistente da Cortes de *commun law* do que do próprio Parlamento. Ao resistir às pressões feitas pela monarquia absolutista, as Cortes criaram a base para o florescimento das liberdades inglesas, tanto é que o Habeas Corpus Acts de 1679 e de 1816 são precedidos de um longo e intenso trabalho jurisprudencial ratificado substancialmente pelo Parlamento. Porém, não foi apenas contra as monarquias que as Cortes trabalharam. Também a proteção dos direitos de liberdade e propriedade foram asseguradas pelas decisões judiciais diante dos anseios do Parlamento. Nesse sentido, destacou-se o trabalho do Sir. Edward Coke no Bonham's case que dois séculos mais tarde foi confirmado por Van Dicey na obra *Introduction to the Study of Law of the Constitution* ao defender que uma das funções das *Commun Law Courts* era a defesa da *supremacy of ordinary law* em face do Parlamento, uma vez que essa era regra geral da Constituição. Nessa linha, o autor afirma que a atribuição da tarefa da tutela dos direitos fundamentais ao Judiciário no constitucionalismo norte-americano, possui origem no direito inglês. (COSTA, Pietro. *O Estado de Direito: Uma Introdução Histórica*..., p. 91).

*ancien commun law and the customs of the realm*¹⁹⁹. Portanto, o objetivo de Coke era defender a constituição histórica contra as ameaças do absolutismo político²⁰⁰.

Considerada por alguns como o germe da ideia de jurisdição constitucional²⁰¹, a doutrina Coke foi abandonada com a Revolução Gloriosa, que consolidou a supremacia do Parlamento e limitou o poder do Judiciário a mero aplicador da *statutory law*²⁰². Assim, impera no sistema inglês, desde o séc. XVIII até os dias de hoje, o princípio da supremacia do Parlamento, defendido de maneira veemente por Blackstone poucos anos antes da Revolução Americana²⁰³. No entanto, mesmo repudiado na Inglaterra, a doutrina Coke continuou a ser empregada nas colônias inglesas.

Como lembra Cappelletti, as colônias americanas eram regidas por Cartas da Coroa que serviam de parâmetro e limite para o desenvolvimento de toda a estrutura jurídica colonial, a qual deveria obedecer à supremacia do *commun law*. Nesse sentido, o Comitê Judiciário do Conselho Privado – Privy Council –, uma

¹⁹⁹ A defesa da superioridade do *commun law* nas palavras do próprio Edward Coke: “Aparecem em nossos livros muitos casos em que o *Common Law* contrasta atos do parlamento e julga-os totalmente írritos; pois, quando um ato do parlamento é contrário ao direito humano e à razão, ou repugnante ou impossível de ser cumprido, o *Common Law* contrata-lo-á e julgá-lo-á nulo.” (BRINTON COXE. *An Essay on Judicial Power and Unconstitutional Legislation*, p. 165-78, 1893 *apud* BANDEIRA DE MELLO, Oswaldo Aranha. **Teoria das Constituições Rígidas**. 2ª. ed. São Paulo : J. Bushatsky, 1980, p. 106).

²⁰⁰ Nesse sentido, Maurizio Fioravanti explica de forma muito lúcida e coerente que “Na realidade o que [Edward Coke] defende é um conjunto de leis profundamente radicadas na história da comunidade política, costumes, pactos e acordos entre distintos componentes do reino, cujo conjunto resultam na lei fundamental, na *commun law*, na própria constituição, em uma palavra. Não uma norma abstrata, por algum misterioso motivo superior a lei do parlamento, como se estivesse antecipando a moderna hierarquia das fontes do direito e o moderno controle de constitucionalidade das leis, mas uma norma que corresponde – em concreto – à história do reino e de suas múltiplas articulações sociais e institucionais, na qual o Parlamento, na sua função tradicional de alta Corte de Justiça, deve manter em equilíbrio, emanando leis justas que reconheçam o direito de cada um, que não privilegiem ou penalizem de maneira arbitrária. É essa a função dos juízes de Coke, colocados como sentinelas no coração do sistema constitucional com a finalidade de garantir que a mais alta expressão desse sistema, o próprio Parlamento, não mude sua natureza, não traia sua missão.” (**Constitución. De la Antigüedad a nuestros días...**, p. 67-68).

²⁰¹ Carlos Alberto Lúcio Bittencourt nega a influencia britânica na construção do Judicial Review. (**O controle jurisdicional de constitucionalidade das leis...**, p. 20). Conforme explica Saldanha, Edward Coke afirmava a superioridade do *common law*, como direito geral, em face dos atos do rei, do parlamento e dos juízes. Não se afirmou nessa ocasião a superioridade da Constituição, já que na concepção inglesa a Constituição confundia-se facilmente com o *commun law*. Portanto, não se trata da noção contemporânea de constituição, tampouco de sua supremacia, mas sim de delimitar poderes pessoais através da afirmação da superioridade do direito. (**A Formação da Teoria Constitucional...**, p. 138-139).

²⁰² CLÈVE, Clèmerson. **A Fiscalização Abstrata da Constitucionalidade no Direito Brasileiro**. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p. 59.

²⁰³ ENTERRÍA, Eduardo García de. **La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional...**, p. 51.

segmento do Conselho do Rei²⁰⁴, decidiu que as leis coloniais só poderiam ser aplicadas pelos juizes da colônia se estivessem de acordo com o *commun law*. Assim, a supremacia do legislativo não imperava na colônia, que tinha toda a sua legislação controlada pelos juizes de acordo com as normativas do *commun law*. Com base na doutrina Coke os tribunais coloniais chegaram a declarar nulas as leis da Coroa contrárias ao *commun law*²⁰⁵.

Foi assim que no episódio conhecido como *Stamp Act* – quando os colonos se revoltaram contra os tributos cobrados dos produtos provenientes da Inglaterra levantando a bandeira do *no taxation without representation* – que na Colônia de Massachusetts, o Juiz Cushing, com fundamento nos preceitos do *commun law* inscritos na Magna Carta e no Petition of Rights, que determinavam que as leis deveriam ser elaboradas pelos representantes do povo²⁰⁶, declarou nulo o tributo instituído por lei elaborada por parlamentares que não eram seus legítimos representantes²⁰⁷. Vale lembrar também que, logo após a Independência, a Constituição da Pensilvânia de 1776 instituiu o “Conselho de Censura”, um órgão formado por membros do povo encarregados de fiscalizar o funcionamento e o respeito à Constituição²⁰⁸.

²⁰⁴ BARACHO, José Alfredo de Oliveira. Teoria da Justiça Constitucional. In: **Revista de Direito Constitucional e Internacional** Ano 15, nº 59. abr./jun.,2007. São Paulo: Revista dos Tribunais, 176-212, p. 179.

²⁰⁵ De acordo com Enterría os colonos americanos tiveram sua fonte de inspiração em Locke e Coke, ambos defensores da tradição jusnaturalista europeia, a qual utilizavam para expressar sua concepção de um parâmetro normativo superior às leis positivas. Locke ao colocar os direitos naturais como direitos anteriores até mesmo ao estado natural, como o direito intrínseco do ser humano, defende a soberania da comunidade para preservar os direitos naturais de liberdade e propriedade contra o que for, inclusive contra o legislador, de modo que os direitos naturais são limites até mesmo para o legislador. Nesse sentido afirma que Locke “... oferece algo a mais que uma filosofia, oferece uma técnica jurídica concreta”, a qual possibilita pensar no controle do parlamento pelo judiciário, tal como proposto por Coke no *Bonham’s case*. (**La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional...**, p. 52-53)

²⁰⁶ CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza. **Jurisdição Constitucional Democrática...** p. 86.

²⁰⁷ FIORAVANTI, Maurizio. **Constitución. De la Antigüedad a nuestros días...**, p. 104. Pontes de Miranda lembra que Declaração dos Direitos do Povo da Virgínia de 1776 é consequência do entendimento norte-americano que pregava que aquilo que o Parlamento inglês podia na Inglaterra não podia nos Estados Unidos, ou seja, não podia eliminar certas liberdades contidas na Carta Magna e no Bill of Rights. Ainda no séc. XVIII, Pontes de Miranda resgata um antecedente do *judicial review* que se encontra no posicionamento do Justice Cooper, de que acordo com o qual a Suprema Corte teria o poder de invalidar e anular leis que contrariassem à razão e à justiça natural. (**Democracia, Liberdade e Igualdade: os três caminhos**. Rio de Janeiro: Forense, 1985, p. 88).

²⁰⁸ SAMPAIO, José Adércio Leite. **A Constituição Reinventada pela Jurisdição Constitucional...**, p. 29.

Diante desses acontecimentos é inegável que a tese de Coke de que a *commun law* possuía supremacia sobre a *statuary law* teve grande influência no constitucionalismo norte-americano, o qual absorveu a essência de sua teoria transferindo-a do *commun law* para o campo da constituição²⁰⁹.

Contudo, como a história pode ter várias leituras, vale destacar o relato feito por Roberto Gargarella sobre a origem elitista do *judicial review*²¹⁰. De acordo com o autor a composição entre democracia e constitucionalismo que possibilitou o surgimento do *judicial review* norte-americano é originária de concepções elitistas de democracia que muito se afastam do princípio democrático afirmado pela soberania popular da Revolução Francesa.

Para o autor, o fortalecimento do Poder Judiciário foi paralelo ao crescimento do poder e da influência dos cidadãos nas legislaturas locais²¹¹. Assim, lembra que já em meados do séc. XVIII, assistia-se em solo norte-americano a uma capacidade de mobilização e reivindicação de direitos significativa, o que demonstrava a vocação do povo americano para a construção de um governo democrático. Foi dentro desse espírito que, perante as dificuldades econômicas que deixaram muitos cidadãos norte-americanos endividados, iniciaram-se pressões populares para que o Poder Legislativo emitisse papel-moeda, suprimindo a ausência

²⁰⁹ CLÈVE, Clèmerson Merlin. **A Fiscalização Abstrata da Constitucionalidade no Direito Brasileiro...**, p. 63-64. Oswaldo Aranha Bandeira de Melo relata que também nos EUA, no período colonial, os juizes já tinham o costume de declarar nulas as leis e resoluções das assembleias locais que contrariassem os preceitos insertos nas Cartas orgânicas concedidas pela Inglaterra. Mesmo antes da promulgação da Constituição Federal, os Tribunais Estaduais entendiam ser competentes para declarar nulas os atos que contrariassem as Constituições Estaduais. O primeiro caso registrado ocorreu em 1780, após a independência dos EUA, no Tribunal de Nova Jersey (*Holmes v. Walton*). Em 1782 a Corte de Apelação da Virgínia decidiu no caso *Commonwealth v. Caton* que a supressão de poderes do Chefe do Executivo garantidos pela Constituição é nula. Em 1784 foi a vez de a Corte de Nova York defender a rigidez e superioridade da Constituição no casos *Rutgers v. Waddington*. Em 1786 a situação se repetiu na Corte de Rhode Island quando do julgamento do caso *Trevitt v. Weedon* e, por fim, na Corte Máxima da Carolina do Norte no caso *Bayard v. Singleton*. Já o âmbito da Suprema Corte, Bandeira de Mello registra que sete anos antes do célebre caso *Madison v. Marbury*, a Corte já havia se manifestado sobre a sua competência para declarar nulos os atos contrários à Constituição no caso *Cooper v. Telfair*, em que pese nessa ocasião não ter ocorrido a declaração de inconstitucionalidade. (MELLO, Oswaldo Aranha Bandeira de. **A Teoria das Constituições Rígidas...**, p. 109-111). No mesmo sentido é a manifestação de Enterría. O autor informa ainda que entre a Revolução e a decisão de 1803 a declaração de inconstitucionalidade foi pronunciada pelos Tribunais dos Estados (em relação às normas estaduais) mais de vinte vezes. (**La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional...**, p. 55).

²¹⁰ Enquanto Gargarella entende que o *judicial review* possui uma origem elitista, Alain Touraine defende que a *separação de poderes* norte-americana foi um mecanismo de proteção dos interesses da "elite esclarecida". (**O que é democracia?** Tradução: Guilherme João de Freitas Teixeira. 2ª ed. Petrópolis: Vozes, 1996, p. 50).

²¹¹ **La Justicia Frente al Gobierno**. Barcelona: Editorial Ariel, 1996, p. 21.

de moedas no mercado e viabilizando a quitação das devidas. Em razão da força desses movimentos populares, as legislaturas sentiram-se obrigadas a satisfazer, de algum modo, a classe devedora. Atenderam então à reivindicação popular emitindo papel-moeda. Em alguns locais como em Rhode Island, além de emitir papel-moeda, impôs-se multa para aqueles que não o aceitassem. Enfim, os devedores conseguiram seus objetivos por meios legítimos²¹².

Perante a força popular demonstrada nesse episódio, Alexander Hamilton chegou a dizer que estava ocorrendo um “despotismo da legislatura” e que se corria o risco de os representantes populares tornarem-se ditadores perpétuos²¹³. Assim, espalha-se entre as elites norte-americanas um sentimento em relação ao Poder Legislativo diametralmente oposto ao cultivado pelos Estados Liberais europeus, notadamente pelo francês. O Poder Legislativo norte-americano passa a ser associado a um mecanismo de tirania e opressão²¹⁴.

Em virtude disso, conclui-se que as Assembleias Legislativas haviam atuado de forma imprudente e deveriam ser limitadas. Tal conclusão foi obtida a partir de dois argumentos: *i)* existem princípios políticos não disponíveis à percepção dos cidadãos comuns. Esse argumento se baseia nas ideias de Locke de que existem ‘verdades primárias’, as quais não são autoevidentes e não podem ser percebidas pela maioria; e *ii)* existe uma propensão à irracionalidade nas decisões tomadas por organizações coletivas, pois o grande número de participantes na discussão torna-a pobre²¹⁵.

Sustentando essa posição, Madison, no Federalista nº. 58, afirmou que quanto maior o número dos representantes que compõem as Assembleias Legislativas, independente do seu caráter, maior é o predomínio da paixão sobre a razão e maior será a proporção de membros com informação limitada e com baixa capacidade²¹⁶. Ainda, houve argumentos de que a maioria deixaria se levar, de forma mais fácil, por demagogos e politiqueiros e teriam sua atenção voltada a questões de curto prazo²¹⁷.

²¹² Idem, p. 24.

²¹³ Idem, p. 25.

²¹⁴ Idem, p. 26.

²¹⁵ Idem, p. 27-28.

²¹⁶ **O Federalista...**, p. 460-461.

²¹⁷ **La Justicia Frente ao Gobierno...**, p. 28-27.

James Madison procurou sistematizar essas ideias contramajoritárias em uma teoria que demonstrava que a comunhão de interesses da maioria escraviza os interesses das minorias. No Federalista nº. 10, Madison condensa todas as suas ideias a respeito da maioria, deixando claro que a nova ordem institucional deveria se orientar de modo a impedir atos de facções, mas não se poderia ser ingênuo em acreditar que seria possível evitá-las dentro da estrutura do Poder Legislativo, uma vez que tais atos são típicos desse espaço.

É importante destacar que as facções a que Madison se refere são compostas por uma quantidade de cidadãos organizados, em maioria ou minoria, e que se movem através do impulso por uma paixão comum ou por um interesse que é contrário ao direito dos demais cidadãos ou ao direito da sociedade como um todo. Apesar de considerar que tanto a maioria quanto a minoria poderiam compor uma facção, Madison nunca acreditou que a minoria pudesse oprimir a maioria. Assim, para conter essas facções – que na visão de Madison eram predominantes nas Assembleias Legislativas desprovidas de controle – buscava desenvolver remédios que funcionassem como uma limitação ao seu poder. Nesse escopo, o Judiciário viria desempenhar uma função determinante.

Perante esses fatos, Gargarella defende que a Constituição norte-americana foi elaborada para voltar-se contra a maioria, tendo como objetivo a proteção de uma minoria. Destaque-se que as minorias possuíam um significado diverso daquele que é conhecido contemporaneamente. Ao falar em minorias, estava-se referindo apenas a um grupo muito específico: os credores e/ou grandes proprietários, portanto, os mais favorecidos da sociedade²¹⁸. A minoria referia-se, desse modo, apenas ao número, não ao poder. Contudo, Gargarella adverte que é preciso deixar claro que a Constituição norte-americana não queria consagrar a ditadura de uma minoria, o seu objetivo era evitar a formação de facções majoritárias, como as temidas por Madison, e possibilitar que tanto a maioria quanto a minoria pudessem influenciar de igual forma as decisões políticas. Assim, para se

²¹⁸ Idem, p. 33. De acordo com Gargarella “... apareceria restringida ao que chamam de *selected few*; ou, em nas palavras de Alexander Hamilton, *the rich and well-born*.” (Crise de Representación y Constituciones Contramayoritarias. In: **DOXA. Revista de Teoría y Filosofía del Derecho**, nº. 02. abr., 2005, p. 98. Disponível em: <http://www.cervantesvirtual.com/servlet/SirveObras/01361653102351832977024/index.htm>. Acesso em: 09.ago.2009.).

evitar a opressão da maioria sobre a minoria, ou vice-versa, era preciso que todos tivessem o mesmo poder político.

Conscientes de que cada ramo da sociedade ocupava um dos poderes do Estado – o Poder Legislativo era composto predominantemente por cidadãos comuns (devedores, sem propriedade, pequenos proprietários) desde 1785²¹⁹, enquanto os membros do Poder Judiciário compunham um grupo seletivo e confiável, porque continham estudos, eram eleitos de modo diverso, possuíam estabilidade; os constituintes concederam poderes iguais para os três poderes e adotaram o mecanismo de freios e contrapesos com o objetivo de evitar a tirania da maioria ou da minoria.

Independente da versão da história que se queira contar – ou seja, independente de ter sido o controle de constitucionalidade um herança do período colonial ou de ter sido um instrumento vislumbrado pelas elites para conter os excessos do Parlamento, ou, ainda, de ser fruto da composição dessas influências –, o fato certo, que não deixa margem para dúvidas, é que o controle da atividade legislativa como mecanismo de limitação da vontade majoritária não foi definido de forma clara pelos constituintes, apesar de ter sido amplamente debatido na Convenção de 1787²²⁰ e ter sido objeto de atenção especial dos artigos publicados em *O Federalista* por Madison e Hamilton.

²¹⁹ **La Justicia Frente ao Gobierno...**, p.37.

²²⁰ Gargarella relata que na Convenção de 1787, Edmund Randolph apresentou o Plano da Virgínia, uma proposta de controle da atividade legislativa através da formação de um Conselho Revisão formado por membros do Executivo e Judiciário que deveriam controlar as leis preventivamente. No entanto, o conselho de revisão foi rejeitado pelo temor de que pudesse se formar uma aliança entre executivo e judiciário que desequilibrasse a relação entre os três Poderes. (Idem, p. 42-43). José Adércio Leite Sampaio conta que diante da rejeição ao Plano da Virgínia, Madison defende um controle preventivo de constitucionalidade feito pelo Executivo e por um colegiado de juízes de forma independente. A proposta foi denominada Plano de Nova Jersey, mas também não obteve sucesso. Assim, o máximo que se conseguiu foi prever no artigo III, § 2º competência para o Judiciário resolver todos os problemas decorrentes da Constituição. Adércio destaca ainda que “os convencionais pareciam convictos, não das fórmulas propostas, mas do problema suscitado. Dos cinquenta e cinco membros da convenção, um terço não tomou partido, apenas dois, Gunning Bedford e John Mercer, criticaram a ideia, enquanto nada menos que vinte e cinco manifestaram, expressa ou indiretamente, apoio ao controle judicial das leis. A mesma tendência se confirmou nas Convenções Estaduais de ratificação.” (**A Constituição Reinventada pela jurisdição constitucional...**, p. 30) Na Convenção da Virgínia, John Marshall ratificou a proposta de que caberia aos juízes a guarda da Constituição, destacando que não havia outra instituição capaz de protegê-la. (**La Justicia frente ao governo**, p. 43). Deve-se destacar também que na ocasião do Primeiro Congresso, no qual foram apresentados os projetos de emenda que ficaram conhecidos como *Bill of Rights*, Madison afirmou que os tribunais deveriam ser considerados os guardiões da Constituição, sendo a garantia de proteção da Constituição perante qualquer pretensão de violação vinda dos Poderes Executivo ou Legislativo. (WRIGHT, Benjamn Fletcher. **Introdução**. In: *O Federalista...*, p. 81). Um histórico detalhado sobre as manifestações a favor do

Tendo em vista a necessidade de instituir um governo cujos os poderes não fossem apenas tripartidos²²¹, mas que houvesse mecanismos internos de equilíbrio e contenção desses poderes²²², os artigos escritos em *O Federalista* propõem, em sua maioria, a adoção de institutos que efetivassem o *checks and balances*, protegendo a Constituição e a unidade dos Estados Unidos. Nesse sentido, defendem, dentre outras medidas, a federação, o bicameralismo, os freios e contrapesos e o controle judicial de constitucionalidade das leis.

Os argumentos a favor da atribuição do poder de controlar a constitucionalidade das leis ao Poder Judiciário concentram-se em dois artigos escritos por Alexander Hamilton. No *Federalista* nº. 78, Hamilton defende que como competem às Cortes a interpretação das leis, e, como a constituição é uma lei fundamental, cabe a elas interpretar os seus dispositivos; trata-se de uma competência lógica e natural. Desse modo, estabelecida a competência das Cortes para interpretar a constituição, diante da incompatibilidade entre a lei e a constituição, elas devem fazer prevalecer a intenção do povo sobre a dos seus representantes. Hamilton destaca que ao declarar nulos os atos do Poder Legislativo que estão em conflito com a constituição, o Poder Judiciário não fica em posição de superioridade, apenas reafirma que o poder do povo inscrito na constituição é superior a todos os Poderes e que diante de uma lei que não respeita a vontade da constituição, os juízes devem obedecer à constituição em detrimento da lei²²³.

Além disso, da maneira como os Poderes são organizados, é fácil perceber que o Judiciário, em virtude da natureza de suas funções, será sempre "... o menos perigoso para os direitos políticos previstos na Constituição, pois será o de menor capacidade para ofendê-los ou violá-los."²²⁴ Por isso, perante uma constituição limitada, isto é, que impõe limitações específicas para o exercício do Poder Legislativo, devem as Cortes Judiciais declarar nulos os atos contrários ao espírito

controle judicial de constitucionalidade das leis durante a Convenção de 1787 e os anos que seguiram, confira-se a introdução de *O Federalista* escrita por WRIGHT, Benjamn Fletcher, p. 72-91.

²²¹ Madison, no *Federalista* nº. 48, afirma que "a simples demarcação do papel, dos limites constitucionais dos diferentes ramos, não constituem barreira suficiente contra as violações que dão margem a uma concentração abusiva de todos os poderes do governo nas mesmas mãos." (*O Federalista*..., p. 405)

²²² Sobre a necessidade de instituir mecanismos de freios e contrapesos, confira-se *O Federalista* nº. 51 escrito por James Madison.

²²³ *O Federalista*..., p. 578.

²²⁴ *Idem*, p. 576.

manifestado pela Constituição. Caso contrário, as limitações constitucionais ao exercício do poder seriam inúteis²²⁵.

No Federalista nº. 81, Hamilton defende que a Suprema Corte deve ser independente, não possuindo nenhuma relação com os demais Poderes e muito menos com o Poder Legislativo, pois somente assim poderia exercer uma tutela adequada do texto constitucional. Nesse sentido, Hamilton rebate o argumento de que um Poder Judiciário independente correria o risco de invadir a esfera de competência do Poder Legislativo dizendo que esse risco “... não passa de uma fantasia.”²²⁶ Reconhece, no entanto, que podem ocorrer interpretações equivocadas que violem a intenção do legislador, mas essas decisões não teriam força para desorganizar o sistema político. Isso porque quando as Cortes estiverem diante de uma lei que contradiz a Constituição, elas devem utilizar simplesmente o critério hierárquico para declarar a sua nulidade, já que não se pode admitir a sobrevivência no sistema de uma lei ordinária contrária à lei constitucional superior²²⁷. Por essas razões, considera as Cortes como “... baluartes de uma constituição limitada, opondo-se às usurpações do legislativo.”²²⁸

Portanto, para Hamilton a competência das Cortes para controlar a constitucionalidade das leis estava em plena harmonia como o princípio da separação de poderes, pois ao Judiciário cabia interpretar as leis, dentre as quais está a constituição. Ademais, ao interpretar a constituição, o Judiciário simplesmente aplica-a, tal como faz com uma lei. Trata-se de uma exigência da separação de poderes: o Legislativo dá o conteúdo da norma e o Judiciário aplica a norma. Essa linha de argumentação de Hamilton possui nítidas influências da teoria clássica da interpretação, que compreende a interpretação judicial como ato exclusivamente cognitivo que busca descobrir a vontade do legislador no caso concreto. Essa é a ideia que está na origem do interpretativismo americano, o qual possui forte relação com o positivismo²²⁹. Além disso, concilia constitucionalismo, concebido como

²²⁵ Idem, p. 577.

²²⁶ Idem, p. 598.

²²⁷ Idem, p. 579.

²²⁸ Idem, p. 579. Ainda no Federalista nº. 81, Hamilton adverte que os juízes devem possuir estabilidade, um requisito essencial a independência, firmeza e integridade de seus julgamentos. (Idem, p. 580-582).

²²⁹ Sobre o originalismo ou textualismo confira-se dois textos publicados na Revista de Direito Público que são bastante esclarecedores: COLE, Charles. Interpretação Constitucional – Dois

limitação do poder, com a legitimidade democrática, na medida em que a jurisdição constitucional é legítima porque sua interpretação é um ato de cognição e reprodução do conteúdo das normas constitucionais que representam a vontade do povo²³⁰.

Apesar das discussões, permanecia a dúvida quanto ao alcance do controle de constitucionalidade e quanto à competência do Judiciário para fazê-lo, uma vez que a Constituição silenciava sobre essa possibilidade. Assim, não se pode atribuir o surgimento do *judicial review* apenas aos movimentos teóricos e políticos. A faculdade do Poder Judiciário de controlar a constitucionalidade das leis nos Estados Unidos provém de uma conjuntura muito específica construída durante o processo histórico de formação da nação norte-americana, na qual se destacou a ideia de que nenhum poder é absoluto, estando todos, inclusive o do povo, submetidos aos direitos naturais do homem que antecedem qualquer associação entre os indivíduos. A noção de governo democrático limitado constitucionalmente, que emerge nos Estados Unidos sob influência de teóricos iluministas como Locke e do direito inglês, constituía o ambiente propício para o nascimento do *judicial review*.

Por isso, não demoraria para que o Poder Judiciário proclamasse a sua competência para interpretar a Constituição e assim explicitasse a existência de um governo limitado pela vontade constitucional. Foi exatamente isso que aconteceu em 1803, quando o Chief Justice John Marshall, através do seu célebre voto no caso *Marbury vs. Madison*, atribuiu ao Poder Judiciário a competência para controlar a constitucionalidade das leis, afirmando a soberania popular representada pela Constituição e indicando que *judicial review* era simplesmente o desdobramento do princípio da supremacia da Constituição. Assim, o caso *Marbury vs. Madison* passou a ser visto como o primeiro marco histórico da jurisdição constitucional, incorporando, definitivamente, o *judicial review* à tradição constitucional dos Estados Unidos²³¹.

Séculos de Reflexão. **Revista de Direito Público** nº. 90, Ano 22, Abr./Jun. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1989, p. 21-48. e BORK, Robert. H. O que pretendiam os Pais Fundadores. **Revista de Direito Público** nº. 91, Ano 23, Jan./Mar. São Paulo: Revista dos Tribunais 1990, p. 07-12.

²³⁰ SOUZA NETO, Cláudio Pereira. **Jurisdição Constitucional Racionalidade Prática e Democracia...**, p. 47.

²³¹ Barroso ressalta que a decisão de Marshall foi tida como promissora, mas não se pode afirmar que ela foi pioneira. Conforme relata Carlos Alberto Bittencourt, foi no caso *Hajburn* de 1792 que pela primeira vez se colocou em jogo a constitucionalidade de uma lei. "Discutiu-se a validade de uma lei sobre pensões de guerra que autorizava o secretário da Guerra a modificar as decisões tomadas pela Cortes do circuito." (**O controle jurisdicional de constitucionalidade das leis...**, p.

Em síntese, o caso *Marbury vs Madison* compunha a seguinte controvérsia: nas eleições presidenciais de 1800, os republicanos e antifederalistas ganharam as eleições para o Legislativo e para o Executivo. Thomas Jefferson assumiria a presidência dos Estados Unidos em 04 de março de 1801. Em fevereiro de 1801, o Congresso, que ainda contava com a maioria federalista, aprovou duas leis para conservar a sua influência na política através do Poder Judiciário. Ainda com esse intuito, em 13 de fevereiro foi aprovado o *Circuit Court Act*, que entre outras providências, reduziu o número de Ministros da Suprema Corte a fim de impedir que o próximo presidente, Thomas Jefferson, fizesse novas nomeações para o Tribunal e criou mais 16 cargos para juízes federais, todos preenchidos por federalistas, partidários do ainda presidente John Adams²³².

Em 27 de fevereiro de 1801, o Congresso aprovou outra lei, o *Organic Act of the District of Columbia*, autorizando a nomeação de 42 juízes de paz para o distrito de Columbia, os quais foram efetivamente nomeados por John Adams e confirmados pelo Senado em 03 de março de 1801, véspera da posse de Thomas Jefferson, razão pela qual esses juízes ficaram conhecidos como *midnight judges* (juízes da meia-noite)²³³.

No entanto, John Marshall, então Secretário de Estado de John Adams e por ele indicado para assumir o cargo de Presidente da Suprema Corte (*Chief*

44) O conflito, contudo, foi resolvido pelo Congresso, que tornou a questão prejudicada diante da alteração da lei. Na sequência, no caso *Vanhorne's Lesse v. Dorrande*, o juiz Patterson sustentou que a Constituição era lei suprema, soberana em relação ao Legislativo, de modo que todos os seus atos devem se conformar a ela sob pena de tornarem-se nulos, sendo que é dever da Corte declarar a nulidade e a ineficácia desses atos. Em 1796 no caso *Hylton v. Estados Unidos* a Corte afirmou que era seu dever decidir contra uma lei que é contrária à Constituição, contudo, o juiz Chase alertou também que iria declarar a inconstitucionalidade de uma lei quando estivesse diante de um caso muito claro. A supremacia da Constituição foi afirmada pelo juiz Chase novamente no caso *Ware Administrator v. Hylton*. “O certo é que, até a época em que Marshall elaborou sua conhecida sentença, já havia se espalhado a ideia de supremacia constitucional.” (Idem, p. 45) “As Assembleias Legislativas de Kentucky e Virgínia elaboraram em 1798 resoluções manifestando-se contra leis de estrangeiros e sedições e declarando a inconstitucionalidade de normas opostas à 1ª Emenda e à Constituição norte-americana. Defendiam que os Estados-membros tinham o dever de impedir dentro de seus respectivos limites violações aos direitos e liberdades. A ideia era que se um estado julgava inconstitucional uma lei do Congresso, deveria ‘interpor-se’ a ela para deixá-la sem efeito.” (Idem, Ibidem.).

²³² BARROSO, Luís Roberto. **O Controle de Constitucionalidade no Direito Brasileiro**. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 3.

²³³ A expressão é apresentada por Bianca Stamato em **Jurisdição constitucional**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, p. 61.

justice)²³⁴, não conseguiu entregar a tempo – isto é, em um único dia – todos os títulos de nomeação aos beneficiários dos cargos criados. Quando Jefferson assumiu a presidência, ordenou ao seu Secretário de Estado, James Madison, que não entregasse os documentos necessários para a posse àqueles juízes nomeados por John Adams, mas não empossados a tempo.

Com isso, ainda em 1801, Willian Marbury, que havia sido indicado por Adams para o cargo de juiz de paz, porém não empossado, ingressou na Suprema Corte com um *writ of mandamus*, com fundamento no Judiciary Act de 1789 (o qual conferia competência originária à Suprema Corte em mandados contra autoridades federais), solicitando que Madison fosse ordenado a empossá-lo. A Suprema Corte marcou para 1802 a sessão de julgamento da controvérsia instaurada entre Marbury e Madison.

Ocorre que, em 1802, quando o caso ainda estava em julgamento, o Senado, agora majoritariamente republicano, aprovou uma lei revogando o *Circuit Court Act* de 1801. Assim, extinguiu os cargos criados por Adams e destituiu aqueles que os ocupavam. Para evitar polêmicas, o caso foi julgado somente quando a Corte voltou a se reunir em 1803²³⁵.

Através de uma manobra processual e em virtude das circunstâncias do caso, Marshall declarou primeiro que a nomeação de Marbury era irrevogável, por isso ele deveria ser nomeado. Contudo, alegou que a Suprema Corte era incompetente para julgar o caso, uma vez que a seção 13 do Judiciary Act de 1789, que atribuía à Suprema Corte competência para o julgamento do *mandamus*, era inconstitucional e nula porque não poderia ter ampliado a competência conferida à Suprema Corte pelo texto da Constituição.

Para formular essa decisão, Marshall precisou *primeiro* afirmar a supremacia da Constituição sobre os Poderes constituídos; *segundo*, justificar por que caberia ao Poder Judiciário interpretar a Constituição; *terceiro*, comprovar que a

²³⁴ Marshall foi aprovado pelo Senado em 04 de fevereiro de 1801, mas ficou no cargo de Secretário de Estado até o fim do mandato de John Adams. (BARROSO, Luís Roberto. **O Controle de Constitucionalidade no Direito Brasileiro**..., p. 4).

²³⁵ Barroso explica que a Corte ficou sem se reunir de dezembro de 1801 até fevereiro de 1803 devido à tensão política do período, a qual tinha como seus principais motivos: “a) Thomas Jefferson não considerava legítima qualquer decisão da Corte que ordenasse ao governo a entrega dos atos de investidura, e sinalizava que não iria cumpri-la; b) a partir de 1802, a Câmara deflagrou processo de *impeachment* de um juiz federalista, em uma ação política que ameaçava estender-se até os Ministros da Suprema Corte.” (BARROSO, Luís Roberto. *Idem*, p. 5)

interpretação feita pelo Poder Judiciário teria legitimidade democrática e não feriria a separação de poderes.

Ao invocar a supremacia da Constituição diante da legislação ordinária, Marshall se apoia no art. 6º da própria Constituição, de acordo com o qual a Constituição, e as leis elaboradas conforme ela, configuram lei suprema do país, devendo as autoridades do Legislativo, Executivo e Judiciário, estaduais e federais, respeitar o documento constitucional²³⁶. Esse respeito à Constituição que o art. 6º impõe aos poderes constituídos, impedindo sua violação em qualquer hipótese, é o que para Marshall indica a sua superioridade e justifica que seja tomada como fundamento de validade das demais normas do ordenamento. Por isso, a lei que desrespeita a Constituição não possui validade, é nula, e, portanto, não pode ser utilizada por nenhum juiz ou tribunal na solução de um caso concreto.

É preciso salientar que o art. 6º da Constituição poderia permitir mais de uma interpretação. No entanto, como bem destaca Barroso, a interpretação dada por Marshall foi confirmando-se cada vez mais durante toda a história americana, vencendo “pronunciamentos de diversos presidentes – Jefferson, Jackson, Lincoln e Roosevelt – questionando o papel do Judiciário como intérprete final da Constituição, com vinculação para os demais Poderes.”²³⁷ Por isso, pode-se afirmar que o voto de Marshall consagra a Constituição como norma jurídica fundamental que expressa a vontade do poder constituinte originário, representante legítimo da soberania popular, que instituiu e delimitou os Poderes do Estado²³⁸.

Estabelecida a supremacia da Constituição e a vinculação de todos os poderes aos seus ditames, Marshall apresenta qual é o motivo que justifica a

²³⁶ Art. 6º. 2. Esta Constituição e as leis complementares e todos os tratados já celebrados ou por celebrar sob a autoridade dos Estados Unidos constituirão a lei suprema do país; os juizes de todos os Estados serão sujeitos a ela, ficando sem efeito qualquer disposição em contrário na Constituição ou nas leis de qualquer dos Estados.

²³⁷ BARROSO, Luís Roberto. **O Controle de Constitucionalidade no Direito Brasileiro...**, p. 6, nota 10.

²³⁸ Para Enterría, A supremacia da constituição, ao lado da federação, é a mais importante contribuição do constitucionalismo norte-americano e a grande novidade diante do sistema inglês. (**La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional...**, p. 51). Para Pablo Pérez Tremps, o art. 6º da constituição dos EUA revela a sua superioridade por três razões: *i)* tradição colonial: nas colônias inglesas havia a ideia de hierarquia do direito da metrópole sobre o direito colonial, o qual apenas se transformou com a independência. A Constituição escrita é reflexo da superioridade do direito natural, *ii)* estrutura federal do Estado: a Constituição era a única forma de regular a relação entre a União e os Estados, uma vez que no esquema federativa há repartição de competência horizontal, não há hierarquia entre Estado e União, estando apenas a Constituição acima de ambos e *iii)* filosofia do poder constituinte. A constituição é expressão direta da vontade popular. (**Tribunal Constitucional y Poder Judicial...**, p. 23).

competência do Judiciário para aplicar a Constituição. Assim, argumenta que se cabe ao Judiciário aplicar a lei e que se a Constituição é a lei de maior hierarquia dentro do ordenamento, cabe ao Judiciário aplicá-la também. Partindo dessa premissa, quando o Judiciário se encontrar diante de duas leis que se contradizem, ele deve aplicar apenas uma delas. No caso de leis com hierarquia distinta, deve aplicar a de hierarquia superior. Por isso, entre a lei e a Constituição, aplica-se a Constituição. Entre a competência determinada à Suprema Corte pela Constituição e a competência atribuída à Suprema Corte pelo Judiciary Act de 1789, deve-se adotar a competência definida constitucionalmente. Para Marshall, essa é a “essência da atividade judicial”, como já havia afirmado Hamilton no Federalista nº. 78 ao explicitar um dos princípios fundamentais do direito público norte-americano: a vinculação do juiz à Constituição.

Para completar, Marshall tem o cuidado de indicar que ao aplicar o critério *lei superior revoga lei inferior*, o Judiciário não interpreta a lei, apenas resolve uma antinomia que impossibilita a decisão no caso concreto e segue com a mera aplicação da lei. Ainda, esclarece que se a lei era contrária à Constituição, na verdade lei ela não era, já que lei é somente aquilo que o Poder Legislativo executa de acordo com os preceitos da Constituição, que é a máxima representação da soberania do povo norte-americano. Por isso, o Poder Judiciário simplesmente *declara* uma inconstitucionalidade que já estava presente no ordenamento jurídico desde o nascimento da “lei”, que como lei não era, não possuía validade alguma, tendo sido sempre nula²³⁹.

²³⁹ Destacam-se alguns trechos relevantes da decisão de Marshall: “A Constituição ou é uma lei superior e predominante, e lei imutável pelas formulas ordinárias; ou está no mesmo nível conjuntamente com as resoluções ordinárias da legislatura e, com as outras resoluções, é mutável quando a legislatura houver por bem modificá-la.

Se é verdadeira a primeira parte do dilema, então não é lei a resolução legislativa incompatível com a Constituição; se a segunda parte é verdadeira, então as Constituições escritas são absurdas tentativas da parte do povo para delimitar um poder por sua natureza ilimitável.

Certamente, todos quantos fabricaram constituições escritas, consideraram tais instrumentos como lei fundamental e predominante da nação e, conseqüentemente, **a teoria de todo o governo, organizado por uma Constituição escrita, deve ser que é nula toda a resolução com ela incompatível.**” (Marbury v. Madison. In: **Decisões Constitucionais de Marshall**. Tradução: Américo Lobo. Brasília: Ministério da Justiça, p. 25).

“... é a província e o dever do Poder Judiciário dizer o que é a lei. Aqueles que aplicam a regra aos casos particulares devem necessariamente expor e interpretar essa regra. Se duas leis colidem uma com a outra, devem os tribunais julgar qual a eficácia de cada uma delas.

Assim, **se uma lei está em oposição à Constituição; se aplicadas elas ambas a um caso particular, o Tribunal se veja na contingência de decidir a questão em conformidade da lei desrespeitando a Constituição, ou consoante a Constituição desrespeitando a lei, o**

A decisão de Marshall explicita um raciocínio, ao mesmo tempo, simples, genial e extremamente convincente: se a função do Judiciário é aplicar a lei, também cabe a ele aplicar a Constituição, que é a lei suprema do país. Se uma lei contradiz a Constituição, o Judiciário terá que, no ato da aplicação, optar por uma ou outra. Como a Constituição é a lei fundamental do ordenamento jurídico e, por consequência lógica, a lei superior, deve o Judiciário aplicar a máxima *lei superior derroga lei inferior*, declarando nula²⁴⁰ a lei inferior em prol da supremacia da Constituição²⁴¹. Observa-se, portanto, que decisão de Marshall teve “contornos

Tribunal deverá determinar qual dessas regras em conflito regerá o caso. Essa é a verdadeira essência do Poder Judiciário.

Se, pois, os Tribunais tem a missão de atender a Constituição e observá-la e a se Constituição é superior a qualquer resolução ordinária da legislatura, a Constituição, e nunca essa resolução ordinária, governará o caso em que ambas se apliquem.

Aqueles, pois, que o princípio de que Constituição deve ser tida e havida no Tribunal como lei predominante, ficam reduzidos a necessidade de sustentar que os juízes e os tribunais devem fechar os olhos para a Constituição e só fita-los na lei.

Essa doutrina subverteria o fundamento das Constituições escritas. Seria declarar que uma resolução, que é nula em face dos princípios e da teoria de nosso governo, todavia, na prática se torna inteiramente obrigatória. Seria declarar que, se a legislatura fizer o que lhe é expressamente proibido, essa ato, não obstante a proibição expressa, é de fato eficaz. Seria deveras, dar a legislatura uma onipotência prática e real, de um só e mesmo jato que se diz restringir seus poderes dentro de estreitos limites. Importaria tanto como prescreverem-se limites e declarar-se ao mesmo que tais limites podem ser ultrapassados *ad libitum*.

A só advertência de que semelhante interpretação reduz a zero o que todos nós temos julgado ser o maior aperfeiçoamento das Constituições escritas, bastaria de *per se* para a rejeição de tal erro na América, onde as Constituições escritas são vistas como nímio acatamento. As expressões particulares da Constituição dos Estados Unidos ministram, porém, argumentos adicionais a favor dessa rejeição.

O poder judiciário dos Estados Unidos estende-se a todas as causas oriundas da Constituição.” (grifou-se) (Idem, p. 26-27).

²⁴⁰ A defesa da sentença constitucional declaratória evidencia que cabe ao Judiciário apenas constatar uma situação já consolidada, nunca agir construtivamente diante da norma. (SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. **Jurisdição Constitucional e Racionalidade Prática...**, p. 63) Como consequência, surge nos EUA a ideia de que a decisão judicial tem natureza declaratória e efeitos retroativos (CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza. **Jurisdição Constitucional Democrática...**, p. 88).

²⁴¹ Vale destacar a análise feita por Carlos Santiago Nino à decisão de Marshall, o que ele chama de “lógica Marshall”: “Muito bem. Qual é a lógica de Marshall? A ideia é a seguinte: é óbvio que os juízes devem aplicar a lei, porém, como se determina o que é uma lei? Definitivamente, o que é uma lei está determinado pela Constituição, pelas normas de competência que estabelece a Constituição; normas que, como diria Kelsen, se referem a um certo órgão, a um certo procedimento e, às vezes, a um certo conteúdo. Quando a lei ou a suposta lei não satisfaz essas condições, na realidade não é uma lei e os juízes, por consequência, têm estão tão pouco legitimados a aplicá-la como a aplicar uma norma qualquer que tenha sido ditada por um usurpador. Por consequência, se a Constituição é o parâmetro final para decidir o que é a lei, os juízes não podem estar justificados em nenhum caso para aplicar uma lei inconstitucional. (NINO. CARLOS SANTIAGO. La Filosofía Del Control Judicial De Constitucionalidad. In: **Revista del Centro de Estudios Constitucionales**, nº. 4, 1989, p. 79-88, p. 80. Disponível em: http://www.cepc.es/rap/Publicaciones/Revistas/15/RCEC_04_077.pdf. Acesso em 10.ago.2009).

exclusivamente jurisdicionais”²⁴², assumindo uma concepção bastante formalista que segue a linha do positivismo jurídico²⁴³.

Apesar de ser uma decisão estritamente jurídica, é preciso reconhecer que sua finalidade foi política. Como adverte Bianca Stamato, o *judicial review* foi fruto de uma “notável sensibilidade política”, pois se pelo prisma jurídico o pleito de Marbury seria vitorioso – já que ele foi nomeado de forma regular pelo governo anterior e, portanto, possuía um direito subjetivo à nomeação –, pelo prisma político a questão era complicada, uma vez que a implementação de uma decisão a favor de Marbury seria muito difícil diante de um Executivo recém-eleito e provido com grande respaldo popular²⁴⁴. A mesma advertência é feita por Barroso ao reconhecer na decisão de Marshall um “... toque de inexcedível sagacidade política”. Conforme explica o autor, a concessão de tais poderes ao Judiciário jamais seria aceita pacificamente por Jefferson e seus colegas republicanos, porém, como no caso concreto eles foram vitoriosos, não tinham como descumpri-la ou atacá-la.²⁴⁵

Apesar do brilhante raciocínio traçado por Marshall, sua decisão não ficou imune a críticas. Barroso elenca algumas delas: *i*) arguiu-se que Marshall deveria ter se dado por impedido, uma vez que os atos analisados na demanda propostas tiveram sua participação ativa e direta; *ii*) foi dito também que a decisão não

²⁴² A observação é feita por Bianca Stamato, que a justifica dizendo que “Isso só foi possível a uma porque a necessidade de afastar-se a aplicação da lei foi explicada sob a teoria da validade das leis, tema claramente afeto à técnica jurídica e a alçada dos juízes. A duas porque tratava-se de uma decisão que foi enfrentada como questão prejudicial no bojo de uma lide a ser decidida por meio de mandado de segurança, ou seja, num processo entre partes, em que o Judiciário atua solucionando um conflito de interesses.” (**Jurisdição Constitucional**..., p. 71)

²⁴³ Nesse sentido, Álvaro Ricardo de Sousa Cruz destaca que “... o formalismo do devido processo legal adjetivo, a decisão de controle circunscrita à condição de um ato cognitivo de subsunção de textos legais de hierarquia distinta, o reconhecimento da natureza declaratória do controle, a doutrina do *self restraint* da Suprema Corte dentro de uma concepção de divisão de Poderes, tudo isso somado é indicativo de que o instituto nasceu na América sob a égide do positivismo científico.” Ressalta ainda que durante o séc. XIX, tanto na presidência de Marshall quanto na de Taney, a Suprema Corte restringiu-se a análise de aspectos formais do devido processo legal, evitando qualquer discussão sobre o conteúdo das leis e sua interpretação. (**Jurisdição Constitucional Democrática**..., p. 89). Para uma profunda análise do método de interpretação empregado por Marshall, confira-se WOLFE, Christopher. **La Transformación de la interpretación constitucional**. Madrid. Civitas. 1991, p. 61-92.

²⁴⁴ FERNANDES, Bianca Stamato. **Jurisdição Constitucional**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, p. 63.

²⁴⁵ **O Controle de Constitucionalidade no Direito Brasileiro**..., p. 8-9). O Presidente Jefferson condenou veementemente a invocação do controle de constitucionalidade por parte do Poder Judiciário. Com fundamento na democracia e no *checks and balances*, Jefferson e Madison não aceitaram a tese de Marshall de que a Suprema Corte é quem deve tutelar a Constituição, abrindo um debate sobre a sua legitimidade que perdura até os dias de hoje. (BARACHO, José Alfredo. **Teoria da Justiça Constitucional**..., p. 181).

apresentou um raciocínio jurídico lógico sob o aspecto processual, pois deveria ter tratado desde logo da incompetência da Corte, bem como finalizado seu raciocínio com base no mesmo argumento, *iii*) lembrou-se de que a decisão poderia ter utilizado diversos argumentos infraconstitucionais para indeferir o pedido, ou seja, para concluir que somente a investidura é que dá direito ao cargo e não à nomeação, *iv*) a lei considerada inconstitucional por Marshall poderia ser considerada constitucional por outras interpretações cabíveis e *v*) a ausência de legitimidade democrática da Corte para realizar o controle de constitucionalidade de leis²⁴⁶.

De acordo com Bittencourt, a maior crítica feita à doutrina Marshall é a de que ela representa uma “usurpação do poder”, já que a Constituição não delegou tal competência explicitamente ao Poder Judiciário²⁴⁷. Além disso, alega-se que a Suprema Corte assume uma posição preponderante diante dos outros poderes, uma vez que suas decisões ficam imunes ao controle dos demais Poderes, e que é antidemocrática, já que o povo pode interferir na composição dos Poderes Legislativo e Executivo, mas está impossibilitado de intervir na estabilidade dos membros do Poder Judiciário, o que impede que seus julgados sejam o espelho da vontade popular²⁴⁸.

Nos anos que seguiram a *Marbury vs. Madison*, a Suprema Corte adotou o *judicial review* pouquíssimas vezes, concentrando-se no controle de constitucionalidade de leis estaduais²⁴⁹. Contudo, apesar das resistências iniciais, a

²⁴⁶ **O Controle de Constitucionalidade no Direito Brasileiro...**, p. 9.

²⁴⁷ De acordo com Laurence H. Tribe, Marshall atribui à Corte o poder de controlar os atos legislativos por interesse pessoal. O controle de constitucional não é um corolário da Constituição norte-americana, mas um postulado criado por Marshall por razões políticas que possibilitavam aos federalistas maior poder de fiscalização do governo antifederalista de Thomas Jefferson (Constitutional law, p. 212 *apud* VIEIRA, Renato Stanzola. **Jurisdição Constitucional Brasileira e os Limites de sua Legitimidade Democrática**. São Paulo: Renovar, 2008, p. 65). A auto-atribuição do controle de constitucionalidade feita pela Suprema Corte não imune de crítica até hoje. Dworkin lembra que “Os presidentes Ronald Reagan e George Bush mostraram-se ambos escandalizados com o fato da Suprema Corte usurpar os privilégios do povo.” (**O Direito da Liberdade Uma leitura moral da Constituição norte-americana**. Tradução: Marcelo Brandão Cipolla. São Paulo: Martins Fontes, 2006, p. 7).

²⁴⁸ BITTENCOURT, Carlos Alberto Lúcio. **O controle jurisdicional da constitucionalidade das leis...**, p. 17-18. Do argumento democrático decorre a conhecida dificuldade *contramajoritária* explorada por diversos autores norte-americanos, dentre os quais destaca-se Alexander Bickel com a obra **The least dangerous branch**. The Supreme Court at the Bar of Politics. New Haven: Yale University Press, 1986.

²⁴⁹ Depois, de *Marbury vs. Madison* de 1803, a Suprema Corte volta a empregar o *judicial review* em 1810, no caso *Fletcher v. Peck*, quando declarou inconstitucionais leis estaduais contrárias à Constituição. Conforme relata Lawrence Baum, ainda durante a presidência de Marshall, declarou-se a inconstitucionalidade de pelo menos mais doze leis estaduais. (**A Suprema Corte Americana**,

tese de Marshall consolidou-se²⁵⁰, com o passar do tempo e com o distanciamento das circunstâncias que levaram a decisão, *Marbury vs. Madison* foi “... celebrada universalmente como o precedente que assentou a prevalência dos valores permanentes da Constituição sobre a vontade circunstancial das maiorias legislativas.”²⁵¹

As razões que levaram à consagração do *judicial review* não têm uma definição clara e unânime na doutrina, dando margem a diversas interpretações²⁵².

Tradução: Élcio Cerqueira. Rio de Janeiro: Forense, 1987, p. 38). Foi somente em 1857, no famoso caso *Dred Scott v Sandford*, que se voltou a declarar inconstitucional uma lei federal. Nessa ocasião, a Suprema Corte, já sob a presidência do Justice Taney, produziu uma interpretação importante e marcante para a história constitucional norte-americana. Declarou-se que o Congresso havia excedido os seus poderes e violado o direito à propriedade quando chancelou o Acordo de Missouri, o qual proibia a escravidão em alguns territórios. Para completar, a Suprema Corte estabeleceu que os negros, apesar de serem cidadãos diante da legislação de alguns Estados Federados, não eram cidadãos diante da Constituição dos Estados Unidos e, por isso, não poderiam ingressar com demandas perante os Tribunais Federais. (Sobre essa decisão assustadora, confira-se MORO, Sérgio Fernando. **Jurisdição constitucional como democracia...**, p. 24-29) Barroso lembra que essa decisão que manchou a imagem da Suprema Corte serviu de impulso para a Guerra Civil Norte-Americana (BARROSO, Luís Roberto. **Controle de Constitucionalidade no Direito Brasileiro...**, p. 10).

²⁵⁰ Bittencourt lembra que a despeito da consolidação da doutrina Marshall nos Estados Unidos, ela esteve na berlinda pelo menos por três vezes. Na primeira vez o próprio Marshall sugeriu a criação de um Tribunal dentro do Congresso para evitar o impeachment do Justice Samuel Chase, o que certamente aconteceria se ele fosse julgado pela Suprema Corte. Contudo, como a possibilidade de impeachment não vingou, continuou firme a doutrina Marshall. Na segunda vez foi o presidente Andrew Jackson que ao vetar o ato de reorganização do Banco dos Estados Unidos, o qual já havia sido declarado constitucional pela Suprema Corte, quem colocou em jogo a doutrina Marshall. Jackson sustentou a tese de que a opinião dos juízes tinha caráter meramente opinativo, não exercendo influência sobre o Congresso ou sobre o Executivo. Por fim, o presidente Lincoln negou a doutrina Marshall ao se recusar a obedecer à decisão da Suprema Corte que negou liberdade ao escravo Dred Scott e a decisão que suspendeu o direito de *habeas corpus* durante a Guerra da Secessão. A oposição do Presidente Lincoln à supremacia do poder judiciário ficou clara quando ao prestar juramento referente ao seu segundo mandato afirmou: “O cândido cidadão deve confessar que, se a política do Governo em questões vitais que afetem o povo inteiro, puder ficar na dependência das decisões irrevogáveis da Corte Suprema, convertendo-se tais leis em litígios ordinários entre partes, o povo terá deixado de ser seu próprio senhor, abdicando praticamente do exercício do governo em favor daquele eminente tribunal.” (James D. Richardson. *Messages and Papers of the President*, vol. II, p. 9-10 *apud* BITTENCOURT, Carlos Alberto Lúcio. **O controle jurisdicional da constitucionalidade das leis...**, p. 16).

²⁵¹ BARROSO, Luís Roberto. **Controle de Constitucionalidade no Direito Brasileiro...**, p. 10.

²⁵² Enterría destaca que não restou explicado por que a sociedade norte-americana aceitou de forma tão pacífica a auto-atribuição da competência do Poder Judiciário para controlar a constitucionalidade das leis. Para o autor, uma das razões dessa aceitação é que uma das consequências da decisão de Marshall ter transformado a Suprema Corte em um símbolo mitológico de toda a ideologia norte-americana e da própria identidade nacional: “A Constituição como texto inspirado por Deus, os fundadores como santos, os juízes da Suprema Corte como sumo sacerdotes que cuidam do culto ao texto sagrado no ‘Marbel Palace’, no palácio de Mármore, onde tem sua sede e que extraem deste texto pouco menos do que o infalível.” (ENTERRÍA, Eduardo García de. **La Constitución como Norma y El Tribunal Constitucional...**, p. 127) A função simbólica do Supremo Tribunal é referida também por Bickel, para quem a Constituição americana é o símbolo da continuidade, da unidade e da nacionalidade norte-americana, o instrumento que assegurou a

No entanto, é certo que havia, nos Estados Unidos, uma conjuntura histórica favorável para o desenvolvimento de qualquer modelo de controle de constitucionalidade das leis, uma vez que a Constituição foi compreendida pelos americanos desde o período colonial como um instrumento superior de limitação do poder, que servia de parâmetro até mesmo para o Poder Legislativo, no qual se encontram os legítimos representantes do povo. Ainda, o constitucionalismo como governo limitado já se encontrava enraizado na sociedade norte-americana expressando-se de forma inovadora também na adoção do modelo federativo e da separação de poderes com o mecanismo de *checks and balances*. Quanto ao fato de o controle da constitucionalidade ter sido atribuído ao Judiciário, em que pese todas as divergências que isso pode ter acarretado, é importante lembrar que nos Estados Unidos, ao contrário do acontecia na Europa, a interpretação judicial desempenhou um papel determinante durante a Revolução Americana, o que levou a um prestígio dos juízes que não tinham precedentes no continente europeu.

Contudo, o que interessa destacar aqui é que o *judicial review* se desenvolveu nos Estados Unidos em virtude da recusa a do constitucionalismo liberal norte-americano em aceitar a onipotência do legislador democrático, de modo que a democracia nos Estados Unidos só poderia ser compreendida como uma democracia constitucional²⁵³, isto é, limitada por uma Constituição que protege os direitos fundamentais individuais, tornando-os inalienáveis, invioláveis e intangíveis por qualquer maioria democrática²⁵⁴. É essa a ideia que está por trás do voto de Marshall, que, no melhor estilo positivista, defende a interpretação judicial como ato

liberdade e a sobrevivência em uma nova terra. Tendo em vista que os símbolos são necessários em toda a comunidade política, defende que nos Estados Unidos ele se encontra na Suprema Corte, por ser ela símbolo da Constituição, o que, obviamente, só foi possível em razão da competência auto-atribuída à Corte por Marshall para dar a última palavra sobre a Constituição. (BICKEL, Alexander. **The Least Dangerous Branch...**, p. 31)

²⁵³ ZOLO, Danilo. Teoria e Crítica do Estado de Direito..., p. 56.

²⁵⁴ Ainda, vale lembrar que alguns autores entendem que a grande importância do *judicial review* inaugurada pela decisão de Marshall reside na sua capacidade de proteção do pacto federativo. Nessa linha, veja-se FERRAJOLI, Luigi. O Estado de Direito entre o Passado e o Futuro..., p. 432 e Nelson Saldanha: "Em realidade a posição assumida por Marshall constituía, antes de tudo, um fortalecimento do governo *federal*, uma consolidação da *União* sobre os poderes e as tendências locais, os governos estaduais e os interesses regionais. Este aspecto foi, dentro do episódio, tão importante quanto o da afirmação da competência judiciária para ajuizar e decidir problemas de constitucionalidade. Formada a União, gerada a entidade federal a partir das confluentes adesões estaduais, os estados anuíam a ela, subordinavam-se a ela; e no nível federal a Suprema Corte resguardava a competência judicial referente à constitucionalidade de *todas* as leis." Nesse sentido, em 1810 no caso Fletcher v. Peck declarou-se a inconstitucionalidade da lei estadual em relação à lei federal. (**A Formação da Teoria Constitucional...**, p. 142)

de cognição que expressa a vontade popular inscrita na Constituição e, de maneira muito habilidosa, concilia *constitucionalismo* e *democracia*.

O modelo norte-americano de controle judicial de constitucionalidade foi rapidamente se espalhando pelo mundo no séc. XIX. Na América Latina, adotaram-no a República Dominicana em 1844, o México em 1847 (com a inovação do recurso de amparo destinado à proteção dos direitos constitucionais contra atos administrativos e jurisdicionais, garantindo, inclusive a não aplicação do inconstitucional), a Argentina em 1860, El Salvador em 1886 (também com a adoção do recurso de amparo) e o Brasil em 1890/1891 (adotando a *habeas corpus* que protegeria “o indivíduo contra a violência ou coação, por ilegalidade ou abuso de poder”). Ainda em 1858, a Venezuela adota o modelo americano complementado por um mecanismo de controle abstrato que autorizava qualquer cidadão a reclamar a nulidade de uma lei contrária à Constituição. Em 1910, a Colômbia segue o modelo venezuelano. Em 1880, no caso *Valin vs. Langlois*, o Canadá abandona parte da sua tradição britânica de supremacia do Parlamento para adotar o *judicial review*.

Na Europa, o *judicial review* chega por primeiro a Noruega em 1866. Posteriormente, alcança a Grécia através de decisões jurisprudenciais que o acolhem entre 1871 e 1879. Em razão da experiência federalista, a reforma da Constituição Suíça de 1874 previu o “recurso de direito público”, que garantia a todo o cidadão suíço a proteção contra todos os atos de Estado que violassem a Constituição Federal, inaugurando assim o controle judicial de constitucionalidade. Na mesma linha, as Constituições austro-húngaro de 1869 e a Constituição alemã de 1871 previram a instituição de uma “Justiça do Estado” com inspiração na proposta da Constituição alemã de 1849, que acabara não saindo do papel²⁵⁵. Ao Tribunal Austríaco cabia o controle de atos administrativos a partir de recursos individuais e algumas hipóteses de conflito de competência.

Apesar da grande influência do *judicial review*, alguns empecilhos do modelo europeu, especialmente concepção da soberania popular como absoluta e

²⁵⁵ A Constituição Alemã de 1849, conhecida como Constituição de Frankfurt (*Paulskirchenverfassung*), foi fruto de um movimento revolucionário inspirado nos movimentos revolucionários que ocorrem na Europa em 1848. O objetivo principal era a unificação da Alemanha e a proposição de um projeto liberal para o país. Dentre suas novidades, constava a criação de uma jurisdição constitucional. Contudo, os monarcas conseguiram sufocar a revolução a tempo de a Constituição não ser promulgada. (GRIMM, Dieter. *Jurisdição Constitucional e Democracia*. **Revista de Direito do Estado**. Ano 1., nº. 04. out./dez. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 04).

ilimitada e a desconfiança profunda em relação ao corpo judiciário, não permitiram que o *judicial review* tivesse uma aceitação mais ampla na Europa²⁵⁶.

1.3.3 Os desafios da jurisdição constitucional brasileira no Estado Liberal

A consolidação dos ideais constitucionalistas, premissa fundamental para a criação do controle de constitucionalidade das leis, requer um forte espírito liberal. No entanto, é preciso lembrar-se de que, no Brasil, as ideias liberais que dão origem ao constitucionalismo são bastante atípicas e paradoxais, uma vez que convivem "... com uma estrutura político-administrativa patrimonialista e conversadora e com uma dominação econômica escravista das elites agrárias"²⁵⁷, sendo possível se questionar se de fato houve um liberalismo político brasileiro²⁵⁸.

No séc. XVIII, as influências liberais da Revolução Francesa foram percebidas na Conjuração Baiana (1798) e na Inconfidência Mineira (1789) de forma praticamente insignificante, uma vez que esses movimentos não contaram com o suporte da população, que permanecia alienada às questões políticas em função do analfabetismo e dos conhecimentos limitados das propostas liberais²⁵⁹. Com a Independência, o liberalismo seria uma proposta de progresso e modernização para o Brasil. Contudo, o projeto liberal brasileiro era conservador, antidemocrático e excluía a população rural e urbana. Assim, o liberalismo brasileiro caracterizou-se pela hegemonia de minorias antidemocráticas, que misturavam o público e o privado, e pela política do favor e do clientelismo, sustentando uma cultura

²⁵⁶ SAMPAIO, José Adércio Leite. **A Constituição Reinventada pela Jurisdição Constitucional...**, p. 34-36). Sobre a origem histórica da jurisdição constitucional, confira-se CAPPELLETTI, Mauro. **O controle judicial de constitucionalidade no direito comparado...**, p. 49-57.

²⁵⁷ WOLKEMER, Antonio Carlos. **História do Direito no Brasil**. Rio de Janeiro: Forense, 1998, p. 75.

²⁵⁸ Schwarz questiona se é possível falar em liberalismo combinado com escravidão, favor e clientelismo? Não havia liberdades e muito menos os demais direitos fundamentais. (Roberto Schwarz. **As idéias fora do lugar**. Cadernos Cebrap. nº. 3, 1973). Sobre o liberalismo no Brasil, confira-se HOLANDA, Sérgio Buarque de. **Raízes do Brasil**. 3ª ed. São Paulo: Companhia das Letras, 1997; NOGUEIRA, Marco Aurélio. **As Desventuras do Liberalismo**. Rio de Janeiro. Paz e Terra, 1994; VIOTTI DA COSTA, Emília. **Da Monarquia à República: Momentos decisivos**. 3ª ed. São Paulo: Brasiliense, 1985 e FAORO, Raymundo. **Existe um pensamento político brasileiro?** São Paulo: Ática, 1994.

²⁵⁹ WOLKEMER, Antonio Carlos. **História do Direito no Brasil...** p. 75.

patriarcal. A democracia com base no voto censitário de homens membros de uma elite agrária não poderia ser outra coisa senão simbólica²⁶⁰.

Esse liberalismo à brasileira ficou plasmado na Constituição Imperial de 1824, primeiro documento normativo significativo pós-independência que se caracterizava por ideias liberais francesas, proclamando a liberdade, a propriedade e a segurança sem se incomodar com a realidade nacional, especialmente com a escravidão²⁶¹. Em virtude da enorme influência que os portugueses residentes no Brasil exerciam mesmo após a Independência, toda a legislação anterior foi recepcionada pela Constituição Imperial de 1824. A Casa da Suplicação – único Tribunal criado em 1808 com a vinda da família real para o Brasil a fim de uniformizar a jurisprudência nacional – foi mantida com todas as suas características, exceto o nome, que passou a ser Supremo Tribunal de Justiça. O art. 164 da Constituição Imperial dispunha sobre as competências desse juízo, dentre as quais não constava, nem de perto, a função de controle da constitucionalidade das leis.

De acordo com art. 15, inc. 9º da Constituição Imperial, a tutela da Constituição era competência do Poder Legislativo²⁶², o que evidenciava a influência do pensamento político e jurídico inglês e francês, em que o princípio da supremacia do Parlamento e a ideia de lei como “expressão da vontade geral”, respectivamente, impediam o desenvolvimento de um sistema de controle judicial de constitucionalidade das leis²⁶³. Além disso, outro fator decisivo, que afastou qualquer possibilidade de controle judicial da constitucionalidade das leis, foi a instituição do Poder Moderador de Benjamin Constant, ao qual incumbia a função de coordenar os poderes, preservando o equilíbrio e a harmonia entre eles. Dessa maneira, cabia ao

²⁶⁰ **História do Direito do Brasil...**, p. 78.

²⁶¹ SALDANHA, Nelson. **A Formação da Teoria Constitucional...**, p. 20. Nesse sentido, José Adércio Leite Sampaio observa que durante o liberalismo brasileiro, “A escravidão permanecia não apenas nas leis e na realidade, mas também nas consciências. O Estado tinha escravos, a Igreja também, os libertos e os quilombolas, pasmem, idem, como havia o prenúncio da terceirização: escravos possuíam escravos.” (**Direitos Fundamentais: Retórica e Historicidade**. Belo Horizonte: Del Rey, 2004, p. 323).

²⁶² Conforme anota Clèmerson Merlin Clève “O projeto de Constituição que a Assembleia Constituinte discutia em 1823, conquanto silenciase a respeito do modo como a fiscalização seria atuada pelo Legislativo, era mais completo, pois definia (art. 266) que ‘todas as leis existentes, contrárias à letra e ao princípio da presente Constituição, são de nenhum valor’. O anteprojeto, como todos sabem, não chegou a ser votado, uma vez que, fechada a Assembleia Constituinte, o Imperador outorgou a Constituição de 1824.” (**A Fiscalização Abstrata da Constitucionalidade no Direito Brasileiro...**, p. 81).

²⁶³ Idem, *Ibidem*.

Poder Moderador, e não ao Poder Judiciário, a competência para resolver todos os conflitos entre os Poderes, o que o fez ser, como lembra Clèmerson Merlin Clève, nos termos da Constituição a “chave de toda a organização política” do Império²⁶⁴. Portanto, nesse período os conflitos eram resolvidos política e não juridicamente²⁶⁵. Vale destacar ainda que apesar da ausência de uma conjuntura favorável, durante a vigência da Constituição Imperial, o controle judicial de constitucionalidade foi defendido, sem êxito, por José Bonifácio²⁶⁶.

As primeiras manifestações efetivas de pensamento constitucional no Brasil se deram logo após a outorga da Constituição Imperial de 1824 na Confederação do Equador, movimento que demonstrou profunda insatisfação com ordem vigente e revelou Frei Caneca. Impregnado de leituras francesas, Frei Caneca contestou a legitimidade da Constituição outorgada com base nas ideias de Sieyès sobre o Poder Constituinte. De acordo com Nelson Saldanha, “Pode-se dizer que com Caneca tivemos, no Brasil, um sério esboço de teoria constitucional, embora circunstancial, fragmentário e demasiado sucinto.”²⁶⁷ Contudo, o grande debate em torno da Constituição de 1824 recaiu sobre a figura do Poder Moderador, que no Brasil refletiu uma verdadeira supremacia do Imperador²⁶⁸.

Diante dos fatos históricos que podem ser extraídos do período de vigência da Constituição Imperial, Wolkmer afirma que o liberalismo no Brasil não foi recebido como uma doutrina libertadora, tal como ocorre na Revolução Americana com a Independência e na Francesa com o rompimento com o regime absolutista. Aqui o liberalismo é marcado por “... uma discrepante dicotomia que iria perdurar ao longo de toda a tradição republicana: a retórica liberal sobre a dominação oligárquica, o conteúdo conservador sob a aparência de formas democráticas”²⁶⁹, características que se evidenciam na combinação entre liberalismo e escravidão.

No período transcorrido entre a outorga da Constituição Imperial e a Proclamação da República, a sociedade brasileira passa por um grande amadurecimento político, em que pese a esmagadora maioria da população ainda

²⁶⁴ Idem, Ibidem.

²⁶⁵ BINENBOJM, Gustavo. **A nova jurisdição constitucional brasileira...**, 122.

²⁶⁶ MELLO, Oswaldo Aranha Bandeira de. **A Teoria das Constituições Rígidas...**, p. 112

²⁶⁷ **A Formação da Teoria Constitucional...**, p. 220.

²⁶⁸ Idem, p. 222 e 223.

²⁶⁹ **História do Direito do Brasil...**, p. 75.

estar muito distante dos centros de tomada de decisão pública e as mudanças terem sido provocadas em grande parte por pressões internacionais e por interesses econômicos. O resultado dessa transformação foi a abolição da escravidão em 1888 e a Proclamação da República em 1889. Dois anos mais tarde, a Constituição da República provocou uma verdadeira revolução nas instituições políticas brasileiras. Sob a forte influência norte-americana – que chegava ao Brasil pelas lições de Rui Barbosa – a Constituição de 1891 instituiu o presidencialismo, o Legislativo bicameral (com especial representação para os Estados através do Senado), o sistema federativo e o controle difuso e incidental de constitucionalidade a ser realizado pelo Supremo Tribunal Federal e pela Justiça federal²⁷⁰.

Foi, entretanto, a Constituição Provisória de 1890 (Decreto 510, § 1º, a e b) que instituiu por primeiro a competência do Poder Judiciário para fiscalizar a constitucionalidade das leis, competência atribuída posteriormente ao Supremo Tribunal Federal no art. 9º, *a e b* do Decreto nº. 848 de outubro do mesmo ano, o qual instituiu a Justiça Federal. Tais competências foram apenas repetidas pelo art. 59, § 1º, *a* da Constituição da República. Ainda, posteriormente, a competência conferida ao Poder Judiciário para o controle difuso e incidental de constitucionalidade foi esclarecida pela Lei Federal nº. 221 de 20 de novembro de 1984 no art. 13, § 10 ao estabelecer que “... os juízes e os tribunais apreciaram a validade das leis manifestamente inconstitucionais e os regulamentos manifestamente incompatíveis com as leis ou com a Constituição”.

No entanto, como observa Álvaro Cruz, o Governo Provisório teria criado o Supremo Tribunal Federal muito mais no intuito de se garantir o regime republicano diante de maiorias eventuais que desejassem o retorno à monarquia do que para fins de controle de constitucionalidade das leis²⁷¹. Isso não significou, contudo, que o Supremo não tenha desempenhado um importante papel na tutela dos direitos fundamentais e não tenha travado uma dura luta em nome da consolidação do controle de constitucionalidade no Brasil²⁷².

²⁷⁰ CLÈVE, Clèmerson. **A Fiscalização Abstrata da Constitucionalidade no Direito Brasileiro...**, p. 82.

²⁷¹ **Jurisdição Constitucional Democrática...**, p. 275.

²⁷² Sobre esse momento inicial dos trabalhos do Supremo Tribunal Federal, vale citar o longo trecho de Álvaro Ricardo de Souza Cruz: “Já em 1892, vários deputados, senadores, jornalistas e militantes ligados a Deodoro da Fonseca tiveram sua prisão decretada ao manifestarem seu desejo

Apesar de todas as dissonâncias do liberalismo e da democracia no Brasil do séc. XIX, na essência, o postulado hermenêutico que guia a jurisdição constitucional brasileira desse período é próprio do pensamento liberal, que a partir de diferentes interpretações, conduziu a França à rejeição do controle de constitucionalidade e justificou a criação do *judicial review* nos Estados Unidos. Assim, tanto o liberalismo francês quanto o americano, e também o brasileiro, adotam uma hermenêutica fortemente positivista, pela qual a interpretação judicial possui legitimidade democrática por ser um ato de cognição, que vincula o intérprete à literalidade da lei que expressa a vontade popular.

Assim, pode-se afirmar que a distinção entre o Estado Liberal francês e norte-americano está na questão da supremacia, na França do Parlamento e nos Estados Unidos da constituição, ou seja, na França da democracia e nos Estados Unidos do constitucionalismo. O Estado Liberal brasileiro passa pelas duas experiências com a Constituição de 1824 – deformada pela existência do Poder Moderador – e com a Constituição República, que consagra o constitucionalismo no Brasil, embora de forma ainda muito incipiente e precária, haja vista que a garantia

de eleições presidenciais após a renúncia do velho Marechal. Floriano Peixoto não só os prendeu, como os deportou a lugares, à época, remotos, como o Acre, e decretou Estado de Sítio.

A simples propositura de *habeas corpus* por Barbosa teria causado profunda irritação no Presidente, mesmo porque a ordem fora denegada pelo Supremo, com o voto vencido do Ministro Pisa e Almeida.

O Supremo entendia descaber a apreciação do *writ* antes de o Congresso aprovar ou não o Estado de Sítio.

As ameaças de Floriano Peixoto não seriam suficientes para intimidar o Supremo por ocasião da Revolução Federalista no Rio Grande do Sul. Preso em Santa Catarina (1892) o Almirante Wandenkolk, partidário do liberal Silveira Martins, o Supremo Tribunal Federal concedeu-lhe, finalmente, a ordem em um *habeas corpus* em 1894, a despeito de ter negado sua liberdade em duas oportunidades anteriores. Apesar de demorar 2 (dois) anos, o Supremo Tribunal Federal acabou por enfrentar a ira florianista libertando um dos seus adversários políticos mais odiados.

Naquela oportunidade, Floriano nomeou como Ministro do Supremo o médico Barata Ribeiro e os generais Inocêncio Galvão de Queirós e Raimundo Everton Quadros, esposando entendimento pelo qual a expressão ‘notável saber’ contida na Carta de 1891 não se restringia ao jurídico. O primeiro chegou inclusive a participar de várias sessões.

Todavia, em parecer do Senado relatado pelo constitucionalista João Barbalho, e votado em sessão secreta em 24 de setembro de 1894, esses nomes foram rejeitados firmando-se a tese de que apenas juristas poderiam compor aquele Corte.

Indignado, Floriano Peixoto não só deixou de prover sete vagas do Supremo, bem como deixou de designar um desses para o cargo de Procurador-Geral, praticamente inviabilizando o funcionamento do Tribunal.

Nesse sentido, marcante se fez a reação do Supremo Tribunal Federal em 1894, reformando seu regimento interno. Tal reforma permitiu que o Presidente e o vice do STF tomassem posse não mais diante do Presidente da República, passando a prestar compromisso diante do próprio Tribunal. Esse ato reveste-se de imensa significação.

O Supremo Tribunal Federal afirmava-se como um dos Poderes da República, distanciando-se muito do antigo Superior Tribunal de Justiça do Império.” (**Jurisdição Constitucional Democrática...**, p. 277-279).

de direitos fundamentais, um dos primados do constitucionalismo só se incorpora na história constitucional brasileira no séc. XX.

1.4 A jurisdição constitucional no Estado de Bem-estar Social

A transição do séc. XIX para o séc. XX marca o ápice do Estado Liberal e o início da sua decadência. Uma série de transformações econômicas, políticas e sociais produzem efeitos imediatos no papel do Estado e do Direito. Não por coincidência, a forma de compreensão do *constitucionalismo* e da *democracia* sofre uma reviravolta. Diante da complexidade das transformações desse período, inicia-se relatando brevemente as alterações que foram determinantes para a construção de um novo constitucionalismo e de uma nova democracia, uma vez que é a partir da compreensão desses novos elementos que o papel da jurisdição constitucional é redefinido tanto nos Estados Unidos como na Europa.

O constitucionalismo da segunda metade do séc. XIX era essencialmente liberal. Escondia-se sob as vestes de Estado de Direito para proteção dos direitos individuais em face do Estado, o qual desempenhava o papel de *Estado mínimo* agindo apenas nos estritos termos da legalidade. O formalismo marca a relação entre a sociedade e o Estado, de modo que todos são tidos como iguais perante a lei. A democracia também segue o caminho da formalidade. O sistema representativo com voto censitário não representava outra coisa senão a vontade das elites dominantes, no caso da burguesia²⁷³.

Assim, o arranjo entre constitucionalismo e democracia era perfeito, todavia, apenas formalmente. Por um lado, o Estado de Direito limita os Poderes do Estado, e do Parlamento, contra incursões arbitrárias na esfera privada do indivíduo, garantindo o que a burguesia mais desejava: uma liberdade econômica absoluta. De outro lado, a democracia representa formalmente a soberania popular, uma vez que na prática está a serviço da burguesia, o que não poderia ser diferente, já que o Parlamento composto por seus integrantes não poderia refletir outra coisa senão a

²⁷³ Bonavides lembra que tão logo tomou o poder a burguesia deixa de sustentar a universalidade dos princípios que proclamou na sua luta contra o antigo regime, sustentando-os apenas formalmente. Assim, provoca a “contradição mais profunda da história do Estado moderno” e dá origem a sua própria crise. (BONAVIDES, Paulo. **Do Estado Liberal ao Estado Social**. 7ª ed. São Paulo: Malheiros, 2001, p. 42).

sua vontade. Assim, o Poder Legislativo e seus frutos – as leis – continuam imperando como símbolos da vontade soberana da população, mas prestando serviços para as elites hegemônicas.

No entanto, o desenvolvimento da economia traria alterações para esse quadro de harmonia formal.

Ao final do séc. XIX, a economia guiada pela *mão invisível do mercado* e protegida pelo constitucionalismo-liberal cresce em ritmo nunca visto antes. A incorporação da tecnologia no processo produtivo conduz à Segunda Revolução Industrial²⁷⁴. Os níveis de produção inéditos geram uma verdadeira economia de escala que, em um primeiro momento, acarreta acumulação excessiva de capital pela classe burguesa, a falência dos pequenos produtores (que ainda produziam com técnicas de manufatura) e a queda dos preços dos produtos. Chega-se a uma economia industrial sofisticada e enxergam-se os primeiros germes do capitalismo financeiro²⁷⁵.

O crescimento desenfreado e a intensa acumulação de capital pela burguesia só é possível por causa da formação de uma classe de trabalhadores, composta por camponeses que migraram para os novos centros urbanos. Contudo, a vida na cidade e nas fábricas subsiste em condições de absoluta miserabilidade. As cidades incham rapidamente e de forma completamente desorganizada, não havendo condições mínimas de salubridade e infra-estrutura. Já nas fábricas, a exploração da mão de obra ocorre de forma cruel, uma vez que aos trabalhadores não era garantido nenhum direito, pelo contrário, eram impostos deveres desumanos. A luta pela sobrevivência nessa nova sociedade urbana exigia que os trabalhadores se submetessem a jornadas de trabalho excessivamente longas, chegando até dezoito horas de trabalho, nas quais o trabalho era executado de

²⁷⁴ O liberalismo, no qual floresceu o capitalismo por meio da *mão invisível do mercado* (da livre concorrência e do livre mercado), repudiava qualquer intervenção do Estado no domínio econômico. “O egoísmo de todos, arranjado pela *mão invisível*, produzirá o bem comum. Essa era máxima do liberalismo econômico na época do capitalismo concorrencial” (CLÈVE, Clèmerson. **A Atividade Legislativa do Poder Executivo...**, p. 37) Não imaginava o homem liberal as consequências que essa máxima poderia trazer. Foi preciso que a história lhe mostrasse a ingenuidade dessas ideias e impusesse uma mudança radical na sociedade e na economia que teria, por certo, sérios reflexos no Estado e na sociedade.

²⁷⁵ Para uma visão bastante detalhada da Revolução Industrial e de suas consequências ao longo do séc. XX, vale conferir POLANYI, Karl. **A Grande Transformação - as origens de nossa época**. Tradução de Fanny Wrobel. Rio de Janeiro: Editora Campus, 1980.

forma perigosa e, não raro, aconteciam acidentes graves que levavam à morte. Nem mesmo as mulheres e as crianças eram poupadas de tamanho abuso.

A Revolução Industrial e a urbanização provocaram uma degradação da dignidade humana que talvez não tenha tido precedentes na história. No entanto, o Estado Liberal continua a viver a ilusão do constitucionalismo e da democracia formal. Os direitos fundamentais continuam a ser exclusivamente os direitos burgueses de liberdade e propriedade – ou melhor, liberdade para quem tem propriedade²⁷⁶ – e a democracia permanece representando somente uma parcela muito restrita da população. Ocorre que esse modelo liberal começa a apontar para uma falta de sustentabilidade. Afinal, com uma massa de cidadãos miseráveis não era possível compor uma peça fundamental do capitalismo industrial: uma classe de consumidores. A produção centralizada nas mãos de uma pequena parcela da burguesia crescia de forma veloz que não correspondia ao crescimento do mercado de consumidores. Mais cedo ou mais tarde, o resultado desse descompasso seria a estagnação econômica. Somente diante de tal risco, percebe-se, que a *mão invisível* não dá mais conta da organização da economia, sendo necessária uma forte intervenção do Estado no mercado através da regulação das práticas econômicas.

O resultado da massificação econômica tem consequências que vão além da economia e interferem diretamente nas relações sociais. As relações humanas passam a assumir uma natureza coletiva, uma vez que os danos provocados têm uma dimensão de massa²⁷⁷. Assim, surge uma insatisfação coletiva com a desigualdade e com os problemas sociais produzidos pelo capitalismo e pela Revolução Industrial. A noção liberal de igualdade jurídica em sentido formal, que deixa para o livre mercado a sua realização, é repudiada severamente por diversos movimentos de ideologia socialista que travam uma dura crítica contra o regime

²⁷⁶ Nesse sentido, Hannah Arendt apresenta uma visão muito lúcida acerca dos direitos fundamentais individuais consagrados no Estado Liberal. Conforme explica a autora, a função da lei entre o final do séc. XVIII e o final do séc. XIX não era garantir direitos, mas proteger a propriedade. A lei não era capaz de assegurar a liberdade, a qual só se obtinha, de fato, com a detenção da propriedade. Foi apenas no séc. XX, quando surgiram pessoas livres mesmo sem a propriedade, que inicia a preocupação da lei com a proteção dos indivíduos e de sua liberdade individual. (**A Revolução...**, p. 144-145). Essa versão da história contada por Arendt comprova a inutilidade das classificações de direitos fundamentais como direitos de gerações, como se ao Estado Liberal correspondesse os direitos individuais e ao Estado de Bem-estar Social os direitos sociais. Percebe-se, ainda, que tal como se passou no Brasil, também nos países europeus e nos Estados Unidos, a conquista material dos direitos fundamentais de liberdade vêm junto o nascimento dos direitos sociais, já que até então os primeiros reduziam-se ao mais puro formalismo.

²⁷⁷ CAPPELLETTI, Mauro. **Juízes Legisladores?** Tradução: Carlos Alberto Álvaro de Oliveira. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editores, 2003, p. 59.

burguês²⁷⁸. Os protestos contra as desigualdades e a miséria provocada pelo liberalismo econômico já vinham sendo combatidas desde a metade do séc. XIX, com passagens marcantes como a Comuna de Paris em 1848, e estenderem até as primeiras décadas do séc. XX, tendo como um momento de auge a Revolução Russa de 1917²⁷⁹.

Uma das principais consequências desses movimentos foi a criação de uma consciência de classe para os trabalhadores, que a partir de então passam a organizar-se em sindicatos e a reivindicar do Estado uma atuação positiva orientada à garantia da igualdade material, uma igualdade que não se dá apenas perante a lei, mas, garante-se através da lei²⁸⁰. Ainda, não se deve esquecer da importante contribuição da Igreja Católica com a *Encíclica Rerum Novarum* do Papa Leão XIII de 1891, que manifestava a preocupação da Igreja com o desenvolvimento da ordem socioeconômica liberal e pleiteava uma vida digna para os trabalhadores²⁸¹.

No que tange à democracia, as mudanças também foram percebidas. As transformações econômicas ocorridas durante a transição do séc. XIX para o séc. XX foram acompanhadas da crescente instituição do sufrágio universal e, portanto, da transição de um sistema representativo aristocrático para um sistema representativo democrático que pretendia ser norteado pela identidade entre os eleitores e seus representantes²⁸². Contudo, a democracia representativa, pautada

²⁷⁸ Para Bonavides, as formulações teóricas de Marx e Rousseau formam o substrato teórico do Estado Social. Em relação a Rousseau, em especial, o autor destaca a importância do pensamento no resgate do sufrágio universal e da verdadeiro princípio do pensamento democrático: a igualdade. (**Ciência Política...**, p. 175-178)

²⁷⁹ CLÈVE, Clèmerson. *A Atividade Legislativa do Poder Executivo...*, p. 39.

²⁸⁰ HENNIG, Mônia Clarissa. **Jurisdição Constitucional Aberta**: reflexões sobre os limites e a legitimidade da Jurisdição Constitucional na ordem democrática. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 31.

²⁸¹ A esse documento sucedeu a Encíclica Quadragésimo Anno, de Pio XII de 1931 e Encíclica Mater et Magistra do Papa João XXIII em 1961. Todas na defesa dos direitos sociais. (CLÈVE, Clèmerson. **A Atividade Legislativa do Poder Executivo...**, p. 39-40).

²⁸² Embora o sufrágio universal tenha proporcionado um avanço muito significativo para a construção de uma sociedade verdadeiramente democrática, Paulo Bonavides não deixa de observar nas democracias representativas das sociedades de massa, como as do Estado Social, a vontade una e soberana que deveria ser representada se dissolve diante das disputas partidárias e dos grupos de pressão. Assim, numa sociedade de massa onde interesses econômicos, políticos e sociais de grupos dominantes substituem a vontade geral o sistema representativo aponta a sua falência. Conforme explica, "...com toda a ironia que acompanha essa transformação, aflige-nos ver de uma parte como o sistema representativo se socorre da inspiração democrática e eleva a democracia a primeiro de seus valores, buscando do ponto de vista teórico e também das técnicas que institui, fazer eficaz ao máximo a vontade popular e, como doutra parte, essa vontade todavia se

pelo sufrágio universal, permanece sendo uma concepção estritamente procedimental. Dentre suas características estão a redução do pluralismo social a disputas partidárias e a recusa à deliberação democrática, uma vez que se acreditava que em sociedades capitalistas o cidadão não tinha nem capacidade nem interesse em participar da vida pública, o que favorecia a apatia política.

Chantal Mouffe lembra que durante boa parte do séc. XX predominou um modelo democrático chamado por Mcpherson de democracia de *equilíbrio*. Trata-se de um modelo desprovido de qualquer elemento ético e que encara os cidadãos como consumidores políticos. Assim, uma democracia de equilíbrio pauta-se por dois princípios: *i)* a democracia é um instrumento eleitoral, ou seja, um mecanismo para a eleição dos indivíduos que irão governar; democracia não é uma forma de organização social ou um conjunto de objetivos éticos e *ii)* a democracia é instrumento que funciona através da competição entre duas ou mais elites políticas²⁸³.

Em sentido semelhante à ideia de democracia de equilíbrio, destaca-se a influência negativa de uma concepção agregativa de democracia nascida em meados do século XX e originária de um trabalho de Joseph Schumpeter denominado *Capitalism, Socialism and Democracy*. Sua tese central era que com o desenvolvimento da democracia de massas, a democracia calcada na ideia de soberania popular, representação direta e ampla participação popular, havia se tornado inviável. Assim, as posições dos indivíduos deveriam ser representadas por partidos políticos, nos quais se poderia votar em intervalos periódicos²⁸⁴.

Desta forma, a concepção de democracia agregativa, tal como a concepção de democracia de equilíbrio, reduzia a democracia a procedimentos eleitorais. A evolução dessa concepção foi denominada “teoria política empírica”, a qual entendia que deveria ser evitada a participação popular na tomada de decisões, uma vez que os indivíduos faziam suas escolhas por meio do critério do autointeresse e desconsideravam o interesse da comunidade. Por isso, seria melhor que os interesses e preferências pessoais fossem apenas parâmetros para a organização

falseia, conforme é possível averiguar quando se presta atento exame à ação usurpatória dos grupos de pressão.” (BONAVIDES, Paulo. **Ciência Política**..., p. 217)

²⁸³ MOUFFE, Chantal. Sobre a articulação entre democracia e liberalismo. *In: O Regresso do Político*. Tradução: Ana Cecília Simões, Lisboa: Gradiva, 1996, p. 145.

²⁸⁴ Sobre o modelo agregativo e eletista de democracia, cf.. SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. **Teoria da Constituição e Democracia Deliberativa**..., p. 71 e ss.

partidária, de modo que a estabilidade social seria alcançada pela composição de interesses e não pelo consenso acerca do bem comum. Tinha-se, portanto, uma concepção de democracia instrumental desprovida de qualquer conteúdo moral, a qual deixou resquícios nas democracias contemporâneas.

Embora esse modelo democrático não tenha colaborado para o fortalecimento da autonomia pública dos cidadãos, ele também não impediu a formulação de novas demandas, que vinham tanto da burguesia quanto do proletariado e para as quais o constitucionalismo liberal demonstrava-se insuficiente e despreparado. Uma postura de abstenção não era apropriada para o pleito burguês da regulação econômica, da mesma forma que os direitos individuais de liberdade também não atendiam às necessidades sociais básicas pelas quais lutavam os trabalhadores. Enfim, cai por terra a crença liberal de que a justiça pode ser alcançada por meio de um mercado livre²⁸⁵. A incorporação de uma igualdade no sentido material pelo constitucionalismo quebra o monopólio da liberdade, colocando esses dois valores em pé de igualdade. Como consequência, o Estado abstencionista é chamado por burgueses e proletários a agir, sendo obrigado a assumir diversas tarefas que se encaminham no sentido de concretizar a igualdade material: regular a atividade econômica, construir empresas estatais, aprimorar a infraestrutura e prestar serviços públicos²⁸⁶.

Como os direitos individuais de liberdade burgueses – os direitos de defesa – já não bastam, incorporam-se os direitos sociais – direito de prestação – a fim de garantir uma vida minimamente digna para os indivíduos²⁸⁷. Por isso, a afirmação de

²⁸⁵ É interessante observar que em certa medida, foi o próprio ideário liberal que gerou a crise do Estado Liberal. A liberdade desenfreada escondida atrás de uma igualdade formal levou a um situação econômico-social caótica que clamava a reestruturação do Estado a fim de promover justiça social. No entanto, é importante notar que esse movimento de intervenção do Estado no campo socioeconômico está voltado, na realidade, antes para a resolução dos efeitos negativos da mão invisível do mercado na economia do que para a promoção de uma nova sociedade, mais justa e igualitária.

²⁸⁶ A intensa intervenção do Estado na esfera socioeconômica é vista com receio por alguns autores que vêm no Estado Social o surgimento da sociedade de massas. Essa é a preocupação que Bobbio resgata do pensamento de Humboldt em relação ao Estado Social. Para esse autor, o Estado Social ao promover uma intensa intervenção econômica e social, promove um comportamento social massificado que sufoca a autonomia individual. (**Liberalismo e Democracia...**, p. 26-27).

²⁸⁷ A admissão de novos direitos fundamentais que caracterizam o Estado de Bem-estar social é compreendida por autores como Paulo Bonavides como a admissão de uma “segunda geração de direitos fundamentais.” No entanto, essa nomenclatura é controversa. Sarlet, por exemplo, recusa o termo gerações de direitos fundamentais apontando que o reconhecimento desses direitos decorre de um processo progressivo e cumulativo, de modo que a expressão mais adequada para se referir a esse processo de conquista seria *dimensões*, expressão que indica “o caráter

Sarlet de que no Estado de Bem-estar Social não se trata mais de “... liberdade do e perante o Estado, e sim de liberdade por intermédio do Estado.”²⁸⁸ Os direitos sociais garantidos por esse modelo de Estado passam do plano das liberdades abstratas para o das liberdades materiais concretas ao incluir além de direitos prestacionais, “liberdades sociais”, como, por exemplo, liberdade para sindicalização, direito de greve e os demais direitos trabalhistas²⁸⁹. O constitucionalismo e a democracia ganham uma nova face com a constitucionalização de direitos sociais e econômicos e ampliação do sufrágio universal, tal como feito pela Constituição Mexicana de 1917 e pela Constituição de Weimar em 1919²⁹⁰, que foram exemplos para as Constituições elaboradas nas duas décadas seguintes, como a Constituição brasileira de 1934.

Portanto, o constitucionalismo liberal, que se restringe à defesa dos direitos individuais à limitação do poder e à igualdade no sentido formal, é substituído gradualmente por um constitucionalismo que incorpora direitos sociais e se preocupa também com a igualdade material. A Constituição-garantia passa a ter nova função emancipatória e uma nova estrutura programática²⁹¹. Enquanto a

cumulativo do processo evolutivo e a natureza complementar de todos os direitos fundamentais, mas afirma, para além disso, sua unidade e indivisibilidade no contexto do direito constitucional interno, e de modo especial, na esfera do moderno ‘Direito Internacional dos Direitos Humanos’.” (SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 8ª. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p. 55) Sobre a complementaridade das dimensões dos direitos fundamentais e sobre a inadequação da expressão “gerações”, confira-se com maior profundidade p. 62-68.

²⁸⁸ SARLET, Ingo Wolfgang. *Idem*, p. 57.

²⁸⁹ Sarlet ressalva que os direitos sociais referem-se ao indivíduo tais como os direitos individuais, por isso não se podem inserir, no contexto do reconhecimento desses direitos os direitos difusos e coletivos, que só serão reconhecidos posteriormente. (SARLET, Ingo Wolfgang. *Idem*, *Ibidem*). Em que pese o respeitável posicionamento do autor, acredita-se que já no âmbito do Estado Social é possível vislumbrar alguns direitos coletivos de forma clara, como, por exemplo, os direitos trabalhistas que nos Estados Unidos dão origem inclusive às ações coletivas como *class action* e *public interest litigation*, evidenciando que diante do fenômeno da massificação o indivíduo isolado mostra-se incapaz de se proteger de forma adequada. Sobre o reconhecimento de direitos de forma coletiva no Poder Judiciário norte-americano durante o período do Estado de Bem-estar social, confira-se CAPPELLETTI, Mauro, **Juizes Legisladores?**..., p. 57-59.

²⁹⁰ Essas Constituições representam o marco inicial do retorno das Constituições democráticas no séc. XX, superando as constituições estatais e parlamentares que predominaram no Estado Liberal durante boa parte do séc. XIX. (FIORAVANTI, Maurizio. **Constitución. De la Antigüedad a nuestros días...**, p. 149). De acordo com Bercovici, a Constituição de Weimar é a primeira tentativa de conciliação entre constitucionalismo e democracia. (Constituição e Política: Uma relação difícil. In: **Lua Nova**, nº. 61, 2004, p. 6. Disponível em: < <http://www.scielo.br/pdf/ln/n61/a02n61.pdf> > . Acesso: 04.abr.2009).

²⁹¹ De acordo com Jorge Miranda esse período é marcado por movimentos paradoxais. Perde-se a crença liberal nas Constituições, mas ao mesmo tempo elas se expandem por todo o mundo; simultaneamente, assiste-se a uma rápida sucessão de Constituições nos mais diversos países. Como explica Miranda “extingue-se a fé que fora apanágio do constitucionalismo liberal... Não

democracia, orientada por um sistema representativo excludente, abre-se para alcançar uma representação efetiva de todos os membros da nação, o Estado volta-se a promoção de bens e serviços que sejam capazes de realizar a igualdade material. Nessa tarefa, redesenha-se o modelo tradicional de Estado²⁹² e o próprio princípio da separação dos Poderes²⁹³.

Como todo esse movimento de transformação, que se inicia sob égide do Estado Liberal, é natural que as primeiras intervenções no campo socioeconômico sejam feitas pelo Poder Legislativo. Por isso, pode-se dizer que o surgimento de um novo modelo de Estado, conhecido como Estado de Bem-estar Social²⁹⁴, é legado do Estado Liberal-Legislativo que enveredou na área da política social (educação, trabalho, saúde, segurança social) e na regulação da economia (leis antitruste, concorrência, transporte, agricultura)²⁹⁵.

No entanto, se o Estado Liberal ficou conhecido como o Estado Legislativo, no Estado de Bem-estar Social a inflação legislativa e a natureza das demandas

se espera que os problemas sejam resolvidos pela simples decretação das suas normas, uma postura crítica ou de pessimismo substitui com veemência o anterior optimismo" (**Manual de Direito Constitucional...**, p. 94-95)

²⁹² Lembre-se de que todo o processo de transição por que passa a história é sempre um processo complexo que ao passo que rejeita também conserva antigas estruturas, aglutinando a elas novos elementos. Nessa perspectiva, Nelson Saldanha, sugere ser possível a aplicação da ideia hegeliana de uma superação-conservação (*Aufhebung*) quando se trata dos processos de conformação e transformação da história das instituições. Assim, nota-se que o Estado Liberal abandonou o fundamento do poder absolutista, mas manteve a sua estrutura territorial e seus princípios burocráticos. Da mesma forma, o modelo de constitucionalismo liberal do séc. XVII e XVIII foi conservado de alguma forma no séc. XX, já que a Constituição continuou a ser uma lei fundamental escrita que limita o poder e elenca direitos. (**A Formação da Teoria Constitucional...**, p. 164). Nessa linha, Bonavides defende que O Estado Social é fruto de uma transformação superestrutural do Estado Liberal, no entanto, difere-se de um Estado Socialista, uma vez que não abriu mão do capitalismo que guiava o Estado Liberal. (**Do Estado Liberal ao Estado Social...**, p. 184).

²⁹³ DIAZ, José Ramon Cossio. **Estado Social y Derechos de Prestación**. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1989, p. 18.

²⁹⁴ É fundamental destacar aqui a ressalva feita por Marçal Justen Filho de que "... a expressão *Estado de Bem-estar* reflete uma espécie de simplificação. Trata-se de uma generalização unificante, que padece de defeitos inerentes. Não existiu um modelo único e comum de "*Estado de Bem-estar*". Aplicar a expressão para modelos tão diversos como o dos EUA, da Alemanha e da França é um excesso. Quanto muito, poderia aludir-se a *modelos* de Estado de Bem-estar, o que levaria à identificação de, quando menos, três tendências distintas (correspondentes às experiências daqueles três países antes indicados). O que pode justificar a expressão *Estado de Bem-estar* consiste num conjunto de propostas mais ou menos homogêneas, compostas pelo reconhecimento de uma função intervencionista estatal orientada a promover o desenvolvimento econômico e social". (**O Direito das Agências Reguladoras Independente**. São Paulo: Dialética, 2002, p. 18).

²⁹⁵ A "crise" do Estado Liberal nada mais era do que a transição de um modelo de Estado de Direito para outro modelo de Estado de Direito que ficou conhecido como Estado Social (SALDANHA, Nelson. **A Formação da Teoria Constitucional...**, p. 25).

sociais acabaram exigindo maior participação do Poder Executivo, de modo que esse modelo ficou conhecido como Estado Administrativo ou Estado de Providência²⁹⁶. Diferentes dos direitos individuais que podem ser meramente atribuídos, os direitos sociais exigem do Estado uma postura de ação permanente e requerem um aparato complexo e caro para a sua efetivação. Como o Estado de Bem-estar Social é um Estado de serviços, o Poder Executivo é o que ganha maior destaque²⁹⁷, sendo difícil a sua conciliação com a separação de poderes, princípio fundamental do Estado de Direito e uma das razões pelas quais os Estados Sociais desembocaram em regimes totalitaristas.

Diante desse novo paradigma de Estado de Bem-estar Social, que redefine o princípio da separação de poderes, resta saber qual é o papel reservado para o Poder Judiciário no cumprimento de seus objetivos e, conseqüentemente, qual é o papel da jurisdição constitucional na realização do Bem-estar Social. De acordo com Cappelletti, restam ao Poder Judiciário duas opções: ou permanece fiel aos ditames do séc. XIX ou eleva-se ao nível dos outros Poderes para controlar o legislador e o administrador²⁹⁸. Na Europa as soluções encontradas pelos diversos ordenamentos jurídicos não foi unânime. Já nos Estados Unidos, onde o espaço da jurisdição constitucional já estava garantido, o Poder Judiciário não hesita em rever sua função e desempenha um papel muito relevante para a construção do Estado de Bem-estar Social naquele país.

1.4.1 As divergentes soluções dos Estados europeus

Como visto acima, o Estado Moderno europeu construiu-se sob um sólido alicerce legalista, no qual o papel desempenhado pelo Poder Judiciário reduzia-se à aplicação da lei conforme os ditames das escolas positivistas que dominavam a

²⁹⁶ CLÈVE, Clèmerson. **A Atividade Legislativa do Poder Executivo...**, p. 40. Note-se que apesar do destaque assumido pelo Poder Executivo, o Estado de Bem-estar social continua a ser um Estado Legislativo, pois permanece intacta a ideia da lei como principal fonte de direito.

²⁹⁷ Para Cappelletti, o Poder Executivo assume um papel de destaque no Estado Social, entretanto, não se sobrepõe ao Poder Legislativo, nesse sentido, afirma o autor que "...o Estado de Bem-estar coloca de um lado o gigantismo do Poder Legislativo, chamado a intervir ou a 'interferir' em esferas sempre maiores de assuntos e de atividade; de outro lado, há o conseqüente gigantismo do ramo administrativo, profunda e potencialmente repressivo. (**Juízes Legisladores?**..., p. 46).

²⁹⁸ Idem, p. 47.

ideologia jurídica do período. Contudo, a emergência do Estado de Bem-estar Social, que intensifica a atividade do Poder Legislativo e alarga as funções atribuídas ao Poder Executivo, não poderia deixar o Poder Judiciário imune a transformações. Nas palavras de Cappelletti, o novo Estado de Bem-estar Social provoca, na Europa, uma verdadeira “revolta contra o formalismo”²⁹⁹, isto é, uma revolta contra todas as concepções de direito que entediam o ato judicial como um ato cognitivo, em que o juiz declara o direito de modo lógico-dedutivo. A revolta contra o formalismo levou a percepção de que o trabalho do juiz é muito mais complexo e de que ele é moral e politicamente muito mais responsável pelas suas decisões do que se poderia imaginar³⁰⁰.

No entanto, na França, o reconhecimento da relevância e da influência da atividade judicial para o Estado e para a sociedade não tem como consequência a admissão de um controle judicial de constitucionalidade das leis. Durante o período do Estado de Bem-estar Social francês, o Estado-Administração ganha grande notoriedade, colocando-se, de fato, lado a lado com o Poder Legislativo, que tanto prestígio gozava no período liberal. Assim, a tradição legalista mantém o Poder Judiciário sufocado entre Legislativo e Executivo, tendo como função primordial a resolução dos conflitos privados³⁰¹.

Apesar de o Poder Judiciário continuar a ser um Poder de pequena relevância, os franceses logo perceberam que uma absoluta ausência de controle das atividades administrativas poderia conduzir a um sério desequilíbrio entre os Poderes e colocar em risco a sociedade democrática. Por essa razão, uma reação gradual começa a se expressar através da instituição de órgãos com natureza “quase judicial”, como agências, conselhos, tribunais administrativos, *ombudsman*,

²⁹⁹ Conforme relata Cappelletti os juízes são geralmente “conservadores, quietos e respeitosos da lei”, de modo que somente um acontecimento muito impactante poderia levá-los a sair da “concha protetora do ‘formalismo’”. Por isso, a *revolta contra o formalismo* é resultado de um acontecimento muito importante, como é a própria transformação do direito e do Estado na sociedade moderna. Nos Estados Unidos a “revolta contra o formalismo” teve como alvo o *case method*, na França, e nas regiões sob a sua influência, a revolta se deu contra o *positivismo jurídico*, enquanto na Alemanha a revolta foi contra o ‘formalismo científico e conceitual’ (CAPPELLETTI, Mauro. Idem, p. 32-35).

³⁰⁰ Idem, p. 32-33

³⁰¹ De acordo com Cappelletti, “em face dos poderes legislativo e executivo, a impotência tornou a magistratura ordinária na débil e quase marginal ‘sobrevivente’ de outros tempos.” (Idem, p. 47).

árbitros e conciliadores, os quais receberam a tarefa de controlar o poder político e proteger a sociedade em face dos seus eventuais abusos.

Dentre esses órgãos, destaca-se o Conselho de Estado, órgão administrativo competente para decidir os conflitos entre a administração pública e os cidadãos, controlando as violações à lei e o abuso da discricionariedade administrativa, de modo que a sua competência limitava-se ao controle de legalidade. Com o tempo, o Conselho vai ganhando destaque e assume gradualmente o papel de um verdadeiro Tribunal Judiciário³⁰². Soluções similares foram adotadas na Alemanha e na Itália³⁰³.

A adoção do controle de constitucionalidade se deu apenas na Constituição da IV República, em 1946, através do *Comité Constitutionnel*, responsável por um controle político e preventivo muito limitado. Posteriormente, a Constituição da V República de 1958, que permanece em vigor, instituiu um controle de constitucionalidade preventivo a ser feito pelo *Conseil Constitutionnel*³⁰⁴, órgão de natureza política composto por seis ex-presidentes da República, três membros nomeados pelo Presidente, três pela Assembleia Nacional e três pelo Presidente do Senado³⁰⁵. Note-se, no entanto, que o controle de constitucionalidade referido não tinha a pretensão de ser um mecanismo de defesa dos direitos fundamentais, mas tão somente de controlar o funcionamento do regime parlamentar.

É somente em 1971 que o *Conseil Constitutionnel* aproxima-se de uma verdadeira jurisdição constitucional, realizando, nas palavras de Louis Favoreu, “uma assombrosa aventura institucional” ao proteger as liberdades constitucionais

³⁰² A relevância assumida pelo Conselho de Estado na França foi responsável para a criação de um dualismo jurisdicional, ou seja, de uma jurisdição administrativa destinada a solucionar os litígios entre particulares e Estado, que o mesmo peso e relevância do Poder Judiciário, que julga os litígios entre particulares.

³⁰³ CAPPELLETTI, Mauro. **Controle Judicial de Constitucionalidade das Leis no Direito Comparado**..., p. 98-99.

³⁰⁴ CLÈVE, Clèmerson Merlin. **A Fiscalização Abstrata da Constitucionalidade no Direito Brasileiro**..., p. 60. “Embora o Conselho Constitucional seja dotado de caráter marcadamente político, não exercendo, portanto, no que se refere à fiscalização de constitucionalidade, função jurisdicional, foi organizado de modo a alcançar uma importância, hoje, pouco contestada no quadro das instituições francesas. Sua atuação, por outro lado, vem permitindo a emergência de uma respeitabilidade sem precedentes. Não se pode esquecer, contudo, que a fiscalização (em certos casos de provocação obrigatória, em outros de provocação facultativa) exercitada pelo Conselho Constitucional é meramente preventiva, razão pela qual uma vez promulgado a ato legislativo, caberá às autoridades públicas não mais do que cumpri-lo. Após a promulgação, não haverá lugar, portanto, para a manifestação de qualquer mecanismo de aferição da legitimidade constitucional da lei.” (CLÈVE, Clèmerson Merlin. Idem, p. 61-62)

³⁰⁵ CLÈVE, Clèmerson Merlin. Idem, p. 66.

frente ao Poder Legislativo. Embora essa modificação radical de postura, que rompe com toda a tradição do constitucionalismo francês, o *Conseil Constitutionnel* permaneceu exercendo um controle de constitucionalidade preventivo e abstrato, o que para Favoreu é absolutamente incompatível com o Direito contemporâneo por dois motivos: *i)* mais do que nunca se reconhece que o direito não é estático, mas sim dinâmico e está em uma constante transformação, de modo que aferição da constitucionalidade apenas momentos antes da lei ser promulgada e, portanto, sem que se saibam quais são os efeitos concretos que decorreram de sua aplicação, enfraquece enormemente a tentativa de controlar a constitucionalidade das leis e *ii)* ao apreciar a constitucionalidade de forma abstrata e preventiva, o Conselho não tem como referência nenhum caso concreto que possa evidenciar as consequências que o ato normativo pode causar. Soma-se a essas razões o fato de que a composição do Conselho Constitucional por membros políticos convertê-lo em uma terceira “Câmara legislativa”, sem, contudo, ter sido submetida a uma eleição democrática. Nesse sentido, destaca que é um paradoxo e uma contradição que, justamente na França, onde sempre se rejeitou a figura do “juiz político” em virtude da ausência de sua legitimidade democrática, possa se admitir que o Conselho Constitucional intervenha na atividade do legislador de forma abstrata e desconexa da realidade. Tais características deixam o Conselho mais vulnerável à objeção da falta de legitimidade democrática, uma vez que cria um abismo entre ele e a realidade. Por isso, Favoreu defende a implementação de uma justiça constitucional em todos os lugares onde se queira garantir a supremacia da Constituição e a proteção máxima dos direitos fundamentais, uma vez que, de acordo com o autor, “... sem a justiça constitucional o princípio da legalidade está incompleto”.³⁰⁶.

A instituição da jurisdição constitucional é feita pela primeira vez nos Estados de Bem-estar Sociais europeus, logo após a Primeira Guerra, por dois caminhos distintos: pela Constituição de Weimar, que prevê um tribunal destinado a resolver conflitos entre os poderes constitucionais e os territórios federais e pela

³⁰⁶ FAVOREU, Louis. In: **Tribunales Constitucionales Europeos y Derechos Fundamentales**. FAVOREU, Louis (org.). Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1984, p. 659-661.

Constituição austríaca de 1920, que adota o modelo de Tribunal Constitucional proposto por Hans Kelsen³⁰⁷.

Na Alemanha, a Constituição de Weimar busca a limitação e a organização dos poderes, garantindo direitos através da lei, mas também quer estabelecer princípios fundamentais compartilhados por toda a comunidade que exerce o poder constituinte. É preciso, portanto, instrumentos institucionais que garantam a tutela e a realização desses princípios fundamentais. As maiores preocupações recaem sobre o princípio da inviolabilidade dos direitos fundamentais, colocando em questão a instituição de um mecanismo de controle de constitucionalidade das leis, e sobre o princípio da igualdade, que pretende ir além da proibição da discriminação, garantindo o acesso igualitário a bens fundamentais, como o trabalho e os direitos sociais de uma forma geral.

De acordo com Fioravanti, Weimar foi o pontapé inicial na busca desses objetivos, porém de maneira “confusa e contraditória”. Confere-se a tutela da Constituição a dois Tribunais Constitucionais, um com a competência para resolver os conflitos federativos e entre os órgãos estatais (art. 13) e outro para fiscalizar a constitucionalidade das leis (art. 108), nenhum deles competente, no entanto, para fiscalizar os direitos e princípios fundamentais recém-instituídos. Ainda, concedeu-se ao legislador a faculdade de concretizar os conteúdos da Constituição, especialmente no que se refere aos direitos de igualdade e aos direitos sociais, mas a desconfiança em relação à centralidade dada ao Parlamento conduziu à instituição de um contrapeso exercido pela figura do presidente democraticamente eleito, que representava a unidade do povo alemão³⁰⁸.

Infelizmente o resultado desse modelo de Estado e Justiça constitucional é bem conhecido: a destruição do Estado de Direito e assunção do nazismo, para o qual colaborou decisivamente a sentença de 25 de outubro de 1932 do Tribunal Constitucional que declarou a constitucionalidade do golpe de Estado contra a Prússia em 25 de julho do mesmo ano³⁰⁹. A grande questão que fica é como se chegou a esse resultado. Pablo Tremps lembra que Weimar carregou consigo toda a

³⁰⁷ Em razão da sua relevância, a proposta de Kelsen será vista de forma isolada no item 1.4.2.

³⁰⁸ FIORAVANTI, Maurizio. **Constitución. De la Antigüedad a nuestros días...**, p. 149-151.

³⁰⁹ TREMPs, Pablo Pérez. **Tribunal Constitucional y Poder Judicial...**, p. 47.

tradição da Escola Histórica do Direito responsável por modificar completamente a posição do juiz diante do Direito de reconhecer a existência de uma margem de discricionariedade na sua aplicação que deveria ser ocupada pelo espírito e pela história do povo. Isso permitiu que o juiz criasse um novo direito independente do descrito na Constituição, que é, em última instância, a representação da vontade popular. O juiz deixa de ser o aplicador do direito para ser criador. Assim, o controle de constitucionalidade que exerce é um controle aristocrático dominado por “... formas conservadoras, reacionárias, antidemocráticas e anti-parlamentaristas.”³¹⁰ Além disso, recorda-se também que os ordenamentos jurídicos aplicados pelos Tribunais Europeus tinham a constituição como fonte máxima de todos os direitos, no entanto, apenas no que diz respeito aos aspectos formais e de organização, sem ter qualquer relação de conteúdo hierárquico³¹¹, o que explicava a ausência de um controle de constitucionalidade sobre os direitos fundamentais na Constituição de Weimar.

Portanto, como afirma Jean Rivero, pode-se concluir que, com exceção dos esforços de Kelsen para instituir uma jurisdição constitucional, a ideia de controle de constitucionalidade era para a Europa, até o final da Segunda Guerra, como o *western* e as comédias musicais eram para o cinema: uma especialidade norte-americana. A Europa só se cura de uma interpretação radical da obra de Rousseau e derruba a imagem sagrada do Parlamento depois do terror vivido nesse período. Não é a toa que Itália e Alemanha são as primeiras a afirmar a necessidade de proteção dos direitos fundamentais mediante uma jurisdição constitucional³¹².

1.4.2 A inovação austríaca: Kelsen e a jurisdição constitucional como legislador negativo

A Constituição Austríaca de 1920 teve como objetivo consolidar a federação e apaziguar a crise do regime democrático provocada por tentativas de

³¹⁰ TREMPs, Pablo Pérez. Idem, Ibidem.

³¹¹ ENTERRÍA, Eduardo García de. **La Constitución como Norma y El Tribunal Constitucional...**, p. 55-56.

³¹² RIVERO, Jean. A modo de síntese. In: **Tribunales Constitucionales Europeos y Derechos Fundamentales**. FAVOREU, Loius (org.). Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1984, p. 664.

desmistificação da lei como símbolo da vontade geral típicas de um Estado de Bem-estar Social. A solução desses problemas apontava para a necessidade de garantia de proteção da Constituição, tal como se fazia no direito constitucional norte-americano. Contudo, o *judicial review* não se adequava ao direito continental europeu, profundamente marcado pelo positivismo jurídico e pela rígida separação de poderes. A crença na lei³¹³ e o profundo descrédito no papel do juiz impossibilitavam qualquer tentativa de implementação de um controle judicial de constitucionalidade.

O desafio de instituir o controle de constitucionalidade em solo europeu de forma consistente foi vencido por Hans Kelsen, que ao ser chamado para escrever o projeto da Constituição Austríaca de 1920 coloca em prática suas ideias viabilizando a criação de um Tribunal Constitucional que se adapta à cultura jurídica europeia. Contudo, é fundamental observar que a criação do Tribunal Constitucional é consequência de uma sofisticada teoria que esse grande jurista desenvolve para descrever objetivamente a ciência jurídica, isto é, sem o recurso às outras ciências ou a qualquer elemento metafísico como fonte de validade do direito, e para superar as dificuldades que o positivismo jurídico vinha enfrentando em virtude da crise da lei.

Portanto, o controle de constitucionalidade não foi pensado por Kelsen de forma isolada, mas sim como peça fundamental que daria completude, coerência e segurança para o complexo ordenamento jurídico que havia descrito. Por isso, entende-se que uma compreensão adequada do modelo de controle de constitucionalidade kelseniano adotado pela Constituição Austríaca de 1920 só é possível com o recurso, mesmo que muito breve e superficial, a alguns pontos-chaves do ordenamento jurídico normativista.

Primeiramente, é preciso destacar que a teoria de Kelsen tem como ponto de partida duras críticas ao positivismo que propunha soluções jurídicas absolutamente desconectadas da realidade. Para Kelsen, a crença positivista de que a lei oferece todas as respostas é uma falsa pretensão que esbarra nas lacunas, antinomias, obscuridades e na impossibilidade de o legislador dar conta de todas as hipóteses da vida social, a qual é dinâmica e complexa. Para reduzir a complexidade social, o direito é sistematizado através de uma linguagem abstrata e geral incapaz

³¹³ “Nos Estados Unidos a Constituição é sagrada, na Europa a lei é sagrada.” (FAVOREAU, Louis. As Cortes Constitucionais..., p. 20).

de albergar todas as possibilidades da vida. Por isso, a insistência na onipotência do legislador é a negação da realidade, uma vez que diversos fatos, ou não se encontram nos textos legais, ou se encontram de forma incompleta. Essas razões levam Kelsen a rechaçar o ordenamento jurídico defendido pelo positivismo tradicional que considera o trabalho legislativo fonte livre e suficiente de produção normativa, ignorando a existência de mecanismos de validade que se impõem para todos os atos estatais, inclusive para a lei.

Em sua obra, *Teoria Pura do Direito*, Kelsen separa o direito de todos os campos do saber (da sociologia, da psicologia, da política) e dos valores (da justiça, da moral e da ética)³¹⁴. Assim, defende que o direito se define como tal através de um procedimento de elaboração de normas jurídicas, de modo que tudo pode ser direito desde que submetido ao seu procedimento de elaboração. Ao contrário do positivismo tradicional, que definia o direito como produto do trabalho do legislador, para Kelsen é direito tudo aquilo que é submetido a um sistema de produção de normas composto por uma parte *estática* e outra *dinâmica*.

O *ordenamento jurídico estático* é em parte uma herança positivista³¹⁵; consiste na organização de um sistema piramidal, escalonado e hierarquizado de normas jurídicas, no qual a norma inferior deve retirar o seu fundamento de validade de norma superior. No ordenamento jurídico estatal, a Constituição é a norma superior que regulamenta a produção normativa. Mas a Constituição também deve possuir uma fonte de validade, que não poderia ser metafísica, política ou sociológica, razão pela qual Kelsen cria o controvertido conceito de *norma fundamental*³¹⁶. A ideia de escalonamento é que permite a construção de um ordenamento jurídico lógico e completo³¹⁷.

³¹⁴ Conforme explica Wolkmer, o normativismo Kelsiniano combina uma formação de matriz neokantiana com as influências do neopositivismo lógico da Escola de Viena, “configurando realisticamente o Direito tal como ele é, e não como axiologicamente deveria ser, Kelsen distingue sua Teoria pura do direito de toda a vinculação com o Direito “ideal” ou “justo”. “Para Kelsen, se a Ciência Jurídica tem o objetivo de revelar o seu objeto, o mesmo não ocorre com a ideologia, que encobre e obscurece a realidade. A ideologia, que nasce de interesses específicos não-verdadeiros, tem sua base não no plano do conhecimento, mas no da vontade.” (WOLKMER, Antonio Carlos. **Ideologia, Estado e Direito**..., p. 163-164).

³¹⁵ CRUZ. Álvaro Ricardo de Souza. **Jurisdição Constitucional Democrática**..., p. 115.

³¹⁶ Kelsen descreve a norma fundamental nos seguintes termos: “...a norma fundamental é a instauração de um fato fundamental da criação jurídica e pode, nestes termos, ser designada como Constituição no sentido lógico-jurídico, para distinguir da Constituição em sentido lógico-positivo. Ela é o ponto de partida de um processo: o processo de criação do direito positivo. Ela própria não é uma norma posta, posta pelo costume ou pelo órgão jurídico, não é uma norma positiva, mas uma norma

No entanto, Kelsen vai além, reconhece que a criação do direito não é apenas um ato de cognição, mas é também um ato de vontade; por isso concebe um *ordenamento jurídico dinâmico* que convive com o *ordenamento jurídico estático*. Para Kelsen, as normas jurídicas não são capazes de estabelecer todos os limites para a criação de uma nova norma. Nesse sentido, defende que todo o processo de criação do direito é acompanhado por uma atividade intelectual de interpretação que se move dentro da estrutura hierárquica das normas respeitando sempre os limites da norma superior³¹⁸. Todo ato jurídico é aplicação da norma superior e criação de uma nova norma, daí Kelsen afirma que “A aplicação do Direito é simultaneamente produção do Direito. Esses dois conceitos, não representam, como pensa a teoria tradicional, uma oposição absoluta. É desacertado distinguir entre atos de criação e atos de aplicação do Direito.”³¹⁹ A Constituição não fixa o conteúdo dos atos legislativos, os quais são, ao mesmo tempo, *atos de aplicação* da Constituição – na medida em que exercem uma competência constitucional – e *atos de vontade* do legislador – uma vez que criam direitos novos através de uma lei ordinária.

Todavia, é fundamental destacar que o processo de criação reconhecido por Kelsen se dá em uma relação de “determinação ou vinculação” entre uma norma

pressuposta, na medida em que a instância constituinte é considerada como a mais elevada autoridade e por isso não pode ser havida como recebendo o poder constituinte através de uma outra norma, posta por uma autoridade superior. Se se pergunta pelo fundamento de validade de uma norma pertencente a uma determinada ordem jurídica, a resposta apenas pode consistir na recondução à norma fundamental desta ordem jurídica, quer dizer: na afirmação de que esta norma foi produzida de acordo com a norma fundamental.” (**Teoria Pura do Direito**, 6ª. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2000, p. 222). Hart segue na mesma linha. Para ele o sistema é composto de *normas primárias*, que determinam a conduta do jurisdicionado, e *normas secundárias*, as quais são compostas por *regras de reconhecimento* e *regras de alteração*. As *normas secundárias* são as regras de estrutura que fornecem os critérios para aferição de validade das *normas primárias*, uma vez que definem formas, procedimentos e competências para sua produção. As *normas secundárias* definem se determinada regra é ou não jurídica através de um critério de validade. Assim, as *regras de reconhecimento* são o fundamento último de validade do ordenamento jurídico. Assim, explica Hart que a regra de reconhecimento “...especificará algum aspecto ou aspectos cuja existência numa dada regra é tomada como uma indicação afirmativa e concludente de que é uma regra do grupo que deve ser apoiada pela pressão social que exerce. (...) o que é crucial é o reconhecimento da referência ao escrito ou a inscrição *enquanto dotados de autoridade*, isto é, como um modo adequado à eliminação das dúvidas acerca da existência da regra. Onde existe tal reconhecimento, existe uma forma muito simples de regra secundária: uma regra para a identificação concludente das regras primárias de obrigação. (HART, Hebert L. A. **O Conceito de Direito**. Tradução A. Ribeiro Mendes. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1994, p. 104).

³¹⁷ CRUZ anota que o objetivo do controle de constitucionalidade para Kelsen era manter a harmonia a integridade do ordenamento jurídico, e não a proteção dos direitos fundamentais. (**Jurisdição Constitucional Democrática...**, p. 124).

³¹⁸ KELSEN, Hans. **Sobre a interpretação**. Tradução: Raíssa R. Mendes. Revisão: Menelick de Caravalo Netto. Belo Horizonte. Cadernos da Escola do Legislativo. n. 5 jan./jun. 1997, p. 31-32.

³¹⁹ **Teoria Pura do Direito...**, p. 260-261.

superior e uma norma inferior que é sempre incompleta, uma vez que nenhuma norma é capaz de fornecer todos os critérios necessários para sua aplicação³²⁰. Há sempre uma margem de arbítrio na norma superior que será preenchida durante o *ato de aplicação*, que por essa razão será também um *ato de criação* de uma nova norma³²¹. É por isso que Kelsen afirma que a norma superior tem sempre o “caráter de uma moldura a ser preenchida” pela atividade interpretativa³²².

O autor adverte ainda que o direito positivo não oferece qualquer critério que possa indicar qual é o conteúdo que deve preencher a moldura da norma, de modo que todos os métodos desenvolvidos para sua interpretação levam a um resultado possível, mas não a um único resultado correto³²³. Por isso, a interpretação é uma exigência da própria estrutura linguística da norma,

³²⁰ Idem, p. 388.

³²¹ Por isso o autor afirma que “Cada grau da ordem jurídica constitui, pois, ao mesmo tempo, uma produção de direito, com respeito ao grau inferior e uma reprodução do direito com respeito ao grau superior.” (A Garantia Jurisdicional da Constituição. In: **Jurisdição Constitucional**. Tradução: Alexandre Krug. São Paulo: Martins Fontes, 2003. p. 126).

³²² KELSEN, Hans. **Sobre a interpretação...**, p. 33 Nesse momento algumas observações fundamentais são necessárias. Como visto, para Kelsen a norma jurídica fornece uma moldura a ser preenchida no momento de sua aplicação. Essa é tese sustentada pelo autor até a oitava edição da Teoria Pura do Direito em 1960. Nesta edição, Kelsen introduz um último capítulo sistematizando suas ideias de interpretação que tem como vetores as expressões *interpretação autêntica* e *interpretação não-autêntica*, as quais foram introduzidas na edição francesa da Teoria Pura do Direito em 1953. Ocorre que ao se referir ao procedimento intelectual da *interpretação autêntica* – aquela que é realizada pela pessoa jurídica de direito público no momento da aplicação da norma criando direito novo e que se contrapõe à *interpretação não autêntica*, que é feita especialmente pela ciência jurídica -, a duas páginas de encerrar a obra, Kelsen coloca em jogo todas as premissas que sustentam a sua teoria. Afirma o autor que na interpretação autêntica, “não somente se realiza uma das possibilidades reveladas pela interpretação cognoscitiva da mesma norma, como também se pode produzir **uma norma que se situe completamente fora da moldura que a norma a aplicar representa.**” (grifou-se) (**Teoria Pura do Direito...**, p. 394). Com essa assertiva Kelsen abre espaço para que a criação do direito seja absolutamente desconectada da norma, sendo irrelevante a existência de um fundamento de validade da norma criada. Kelsen já admitia, por exemplo, que a aplicação do direito pelo juiz criava uma norma jurídica de caráter individual e concreto para o caso, mas essa tarefa criativa ocupava um pequeno espaço em virtude da quantidade de limites impostos pela moldura da norma. Quando afirma que a *interpretação autêntica* admite que se exceda a moldura da norma, significa dizer que o juiz não possui mais limites na tarefa criativa, tendo ampla liberdade para a criação do direito. Como, alerta Marcelo Cattoni “Tal posição, como resta claro, corre o risco de admitir uma total inversão da pirâmide normativa, ao deixar, em última análise, a questão de o que seja Direito nas mãos de um Tribunal superior ou do legislativo infra-constitucional”. (**Direito Processual Constitucional**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2001, p. 54). Sobre esse paradoxo de Kelsen, vale conferir a obra citada de Marcelo Cattoni, p. 29-60. Nesse trabalho, segue-se a primeira posição de Kelsen que afirma que o aplicador do Direito está sempre limitado pela moldura da norma, pois essa é a tese defendida por Kelsen na época em que descreveu o seu Tribunal Constitucional.

³²³ KELSEN, Hans. **Sobre a interpretação...** p. 36. Essa abertura da norma a múltiplos resultados possíveis é reafirmada em a Teoria Pura do Direito, p. 391-392 e será alvo de diversas críticas, uma vez que mesmo reconhecendo as possibilidades de diversos resultados, Kelsen não se preocupa em propor um método que oriente o aplicador do direito em busca da resposta correta, sob o argumento de que tal método jamais decorrerá do direito positivo.

inevitavelmente aberta, que só adquire conteúdo no ato de aplicação por meio da interpretação³²⁴.

A mesma relação dinâmica que se passa entre a Constituição e a lei acontece entre a lei e a sentença judicial, aquela define o conteúdo, a competência e o procedimento da tomada de decisão, mas, inevitavelmente, o ato de aplicação da lei que constitui o ato judicial não será apenas um ato de aplicação, incorporando elementos de criação. Nesse ponto, Kelsen distingue-se radicalmente do positivismo tradicional, já que entende que a sentença judicial não é um ato de mera aplicação do direito, mas também é um ato de criação.

De acordo com Kelsen, o positivismo acredita que a lei aplicada a um caso concreto só pode oferecer uma solução correta e justa porque vê o processo de interpretação como um ato de compreensão, conhecimento da norma, "... como se o intérprete tivesse apenas que usar a razão, e não a sua vontade, como se através da pura atividade intelectual, ele pudesse escolher, entre as possibilidades existentes, uma que corresponda ao Direito positivo, e então fazer uma escolha justa nos termos desse Direito."³²⁵ Contudo, a tese positivista não se sustenta para Kelsen porque a norma jurídica é uma moldura capaz de abranger diversos conteúdos de acordo com a interpretação dada pelo juiz dentro dos limites formais e materiais da norma (a moldura). A liberdade de decisão existe, embora limitada material e formalmente³²⁶.

Dentro dessa esfera de liberdade que é delimitada pela moldura da norma, a opção por uma ou outra interpretação é o que constitui ato de vontade. Tanto o legislador quanto o juiz exercem atividade volitiva, pois no ato de aplicação precisam escolher entre uma das interpretações possíveis. Essa conclusão de Kelsen é

³²⁴ KELSEN, Hans. Idem, p. 37.

³²⁵ KELSEN, Hans. Idem, p. 36.

³²⁶ Todos os operadores do direito possuem certo grau de liberdade. A liberdade do legislador é mais ampla, pois suas limitações são as mais fracas. Olhando para baixo no ordenamento jurídico, a liberdade se estreita porque as limitações se ampliam. "a parte da aplicação aumenta, a da livre criação diminui." (**Jurisdição Constitucional**..., p. 126). Hart se aproxima muito de Kelsen no que tange à atividade jurisdicional. Explica que as normas possuem uma *textura aberta*, pois são prescrições gerais e abstratas que não podem abranger toda a complexidade da vida social. Assim, a linguagem da norma lhe concede um poder discricionário exercido no momento da aplicação da regra. Hart adverte que se em algumas normas o texto é muito aberto, em outras quase não existe abertura, exigindo uma aplicação imediata da norma. A abertura normativa assume relevância diante dos casos difíceis, que exigem a criação jurisprudencial do direito. Nesse sentido, adverte que até mesmo a interpretação construtivista de Dworkin é um ato de criação jurisprudencial do direito, embora ocorra em momento posterior. (HART, Hebert L. A. **O Conceito de Direito**..., *posfácio*).

totalmente incompatível com a teoria da separação de poderes que distingue a atividade legislativa da atividade judicial pela qualidade do ato que cada uma produz; a primeira reserva os atos de vontade e, a segunda, os atos de cognição.

Diante disso, Kelsen é obrigado a rever a interpretação do próprio princípio da separação de poderes. Para tanto, argumenta que tanto o legislador quanto o juiz exercem atividade cognitiva e volitiva, de modo que a diferença entre a natureza de um ato e a de outro é o tamanho da esfera volitiva que está à disposição do aplicador. O legislador está muito mais livre para criar o direito do que o juiz “Mas, também o juiz, é um criador de Direito, pois mesmo ele é, nessa função, relativamente livre. É justamente por esse motivo que é uma tarefa de vontade chegar à norma individual no processo de implementação da lei, desde que a moldura da norma geral seja preenchida desse modo.”³²⁷ Acrescenta ainda que outro fator quantitativo também pode ser utilizado para distinguir os atos legislativos e judiciais. Assim, observa que o Poder Legislativo produz atos impessoais e abstratos em menor quantidade, enquanto o Judiciário e o Executivo produzem atos individuais e concretos e em maior quantidade.

Em suma, para Kelsen o ordenamento jurídico não é composto apenas por normas gerais e abstratas, também fazem parte da produção normativa os processos dinâmicos de aplicação dessas normas, responsáveis pela criação de normas individuais e concretas. Não há uma distinção entre criação e aplicação do direito, uma decisão judicial é aplicação da lei geral e abstrata e criação de uma norma jurídica individual e concreta. A lei torna-se apenas um dos níveis do ordenamento jurídico, acima dela está a Constituição e abaixo as normas individuais e concretas, os atos administrativos e as decisões judiciais. Com isso, a lei deixa de ser a essência do Estado de Direito para ser apenas um processo de criação-aplicação da norma constitucional e aplicação-criação das normas infralegais. Nesse sentido, o próprio Kelsen afirma que “Toda a importância da criação do Direito ameaça se transferir do nível geral para o individual, isto é, do legislador para a autoridade que aplica a lei.”³²⁸

³²⁷ KELSEN, Hans. **Sobre a interpretação...**, p. 38-39. Kelsen também rejeita a tese da jurisprudência dos conceitos de que a interpretação depende do conhecimento conceitual do direito positivo. KELSEN, Hans. *Idem*, p. 38.

³²⁸ KELSEN, Hans. **Sobre a interpretação...**, p. 43.

No entanto, Kelsen não conseguiu romper absolutamente com paradigma liberal-positivista porque insistiu na noção de subsunção, manteve-se apegado a um formalismo rigoroso e ao relativismo de valores, além de ter ignorado a existência de normas programáticas como as da Constituição de Weimar³²⁹. Porém, fez uma ruptura muito importante com o paradigma liberal-positivista ao submeter a lei a critérios de validade hierarquicamente superiores – isto é, à constituição – e ao admitir que os atos jurídicos não são feitos apenas de cognição, mas incorporam inevitavelmente um elemento de volição.

A quebra do monopólio da produção jurídica detido pelo Poder Legislativo e a assunção da constituição como fundamento de validade de todo o ordenamento jurídico, funcionando, nas palavras de Pietro Costa, como uma “válvula de fechamento do Estado de Direito”, na medida em que as leis são apenas momentos de aplicação da Constituição, são os passos fundamentais dados por Kelsen para transformar radicalmente o Estado de Direito Legislativo oitocentista em um Estado de Direito Constitucional³³⁰. Portanto, não é exagero afirmar que Kelsen inaugura uma nova fase do Estado de Direito ao superar o dogma do império da lei e ao consagrar o papel fundamental da Constituição³³¹.

Essas duas barreiras rompidas por Kelsen é que impõem a necessidade de um controle de constitucionalidade das leis também na Europa. Ao desaparecer a centralidade e sacralidade da lei e do Poder Legislativo, como única fonte de direito, afasta-se o maior obstáculo para o controle de constitucionalidade das leis que se impunha na Europa desde o séc. XVIII e torna-se possível a sua fiscalização. No entanto, é ao colocar a constituição no topo do ordenamento jurídico, servindo de critério de validade para toda a produção normativa estatal, que Kelsen abre, definitivamente, as portas para a jurisdição constitucional na Europa³³².

A constituição é responsável por dar ao ordenamento jurídico integridade e harmonia em virtude de sua posição hierárquica superior, daí a necessidade de um

³²⁹ CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza. **Jurisdição Constitucional Democrática...**, p. 116

³³⁰ COSTA, Pietro. O Estado de Direito: uma introdução histórica..., p. 161.

³³¹ COSTA, Pietro. *Idem*, p. 162.

³³² Para Kelsen, a grande quantidade de instituições que os Estados modernos criam para garantir a legalidade da execução da lei e a ausência de uma instituição para garantir a constitucionalidade da lei decorre, além da ausência da noção da estrutura hierárquica do ordenamento jurídico, de motivos políticos que influenciam a doutrina, a qual deveria ser a primeira a fazer alertar quanto à necessidade do controle de constitucionalidade das leis. (**Jurisdição Constitucional...**, p. 127).

mecanismo para sua proteção, que, em última análise, é mecanismo de proteção de todo o ordenamento jurídico e também da soberania popular. Contudo, essa função de garantia do ordenamento jurídico exercida pela constituição só é uma garantia real quando a anulação dos atos inconstitucionais é possível³³³, “Uma Constituição em que falte a garantia de anulabilidade dos atos inconstitucionais não é plenamente obrigatória em sentido técnico”³³⁴, é apenas uma vontade da qual não decorre uma obrigação.

Portanto, como a constituição é uma norma que não prevê sanção e não tem força obrigatória, é necessário que se crie um mecanismo para sua defesa. Assim, a instituição do controle de constitucionalidade é vista por Kelsen como um meio de assegurar a solidez do ordenamento e a supremacia da constituição, princípio típico do Estado de Direito, que determina que todas as funções do Estado devem se pautar pela máxima legalidade³³⁵. Nas palavras do autor: “Garantias da Constituição significam, portanto, garantias de regularidade das regras imediatamente subordinadas à Constituição, isto é, essencialmente, garantias da constitucionalidade das leis.”³³⁶

Para que o controle de constitucionalidade das leis seja feito de modo adequado, Kelsen adverte que é necessário estabelecer um conceito claro de constituição. Desse modo, para compreender o controle de constitucionalidade kelseniano, é relevante saber, primeiramente, em que consiste a constituição que servirá de parâmetro para a validade de todas as demais normas do ordenamento jurídico, garantindo assim a sua integridade e coerência. Conforme relata Kelsen, o conceito de constituição já passou por diversas transformações, entretanto, sempre existiu um núcleo sólido que aponta para a constituição como “... um princípio supremo que determina a ordem estatal inteira e a essência da comunidade constituída por essa ordem.”³³⁷ Esse núcleo essencial da constituição é o que leva Kelsen a colocá-la no ápice do ordenamento jurídico, servindo de parâmetro para toda a produção normativa do Estado, dividindo e limitando seus poderes de forma

³³³ A garantia jurisdicional da Constituição..., p. 149.

³³⁴ Idem, p. 179.

³³⁵ Quem deve ser o guardião da constituição? In: **Jurisdição Constitucional**. Tradução: Alexandre Krug. São Paulo: Martins Fontes, 2003. p. 240.

³³⁶ A garantia jurisdicional da Constituição..., p. 126.

³³⁷ Idem, p.130.

vertical e horizontal por meio de regras de procedimento e regras de fundo. Por isso, uma lei pode ser inconstitucional “... seja por causa de uma irregularidade de procedimento em sua elaboração, seja em decorrência da contrariedade de seu conteúdo aos princípios ou diretivas formulados na Constituição...”.

Deve-se estar atento ao fato de que o controle de constitucionalidade de Kelsen estar voltado, essencialmente, às normas de procedimento e competência, uma vez que sua noção de constituição tem como foco central a fixação de normas que regulamentam o exercício do Poder e as normas que coordenam a produção normativa do Estado. No entanto, Kelsen não ignora, por completo, a existência de direitos fundamentais nas constituições e admite a possibilidade de anular lei que viole esses direitos.

“A Constituição, que regula a produção de normas gerais, pode também determinar o conteúdo das futuras leis. E as Constituições positivas não raramente assim procedem ao prescrever ou excluir determinados conteúdos. (...) O catálogo de direitos e liberdades fundamentais, que forma uma parte substancial das constituições modernas, não é, na sua essência, outra coisa senão uma tentativa de impedir que tais leis [de conteúdo contrário ao catálogo de direitos fundamentais] venham a existir. É eficaz quando pelo estabelecimento de tais leis – v.g, leis que violam a chamada liberdade da pessoa ou de consciência, ou a igualdade – se responsabiliza pessoalmente determinado órgão que participa na criação dessas leis – chefe do Estado, Ministros – ou existe a possibilidade de as atacar e anular.”³³⁸

Na realidade, o que ocorre é que Kelsen não tem a tutela dos direitos fundamentais como sua preocupação central e, por essa razão, não aprofunda, não esclarece e não concede grande importância a essa questão. Como explica Álvaro Cruz, questões de direitos fundamentais e cláusulas abertas seriam apenas um “subproduto”³³⁹ do seu controle constitucionalidade. Assim, se é “subproduto” faz parte da produção do controle de constitucionalidade, não está completamente desconectado dele. E diferente não poderia ser, pois, como se verá adiante, Kelsen enxerga na jurisdição constitucional um importante instrumento para defesa da democracia e das minorias, que só se viabilizam mediante a garantia de direitos fundamentais como a liberdade de expressão e a igualdade. Assim, se é precisa a assertiva de que jurisdição constitucional kelseniana almeja, essencialmente, a fiscalização de normas de procedimento, uma vez que sua maior preocupação era

³³⁸ Idem, p. 124.

³³⁹ **Teoria Pura do Direito**..., p. 249.

manter o ordenamento jurídico isento de vícios³⁴⁰, não é absolutamente certa a afirmação de que Kelsen não vê na jurisdição constitucional um mecanismo de proteção de outros valores, como a democracia e os direitos fundamentais.

É explícita a preocupação do autor em proteger, através do controle de constitucionalidade das leis, os valores democráticos inscritos na constituição. Ao analisar a atividade judicial alemã realizada sob a égide da Constituição de Weimar, Kelsen percebe que a prevalência dos textos legislativos em detrimento da norma fundamental conduz à crise do parlamentarismo e da Constituição, colocando em risco a coerência e a unidade do ordenamento jurídico. Por isso, vê na proteção da constituição também um mecanismo de defesa do regime democrático³⁴¹. Nesse sentido, José Adércio Sampaio explica que “... a preocupação de Kelsen era resguardar os valores democráticos através do Direito, por isso prevê a Constituição como norma jurídica de valor supremo e fonte de validade das outras normas que seria respeitada em virtude da tutela de um Tribunal especial...”³⁴²

Tais conclusões são extraídas das próprias palavras de Kelsen que, ao defender a importância da jurisdição constitucional, destacou que ela é imprescindível em Estados que se caracterizam por serem Repúblicas democráticas, sendo até mesmo condição para sua existência. Na visão do autor, a organização de garantias para o funcionamento regular das funções do Estado é a única forma de defender uma República democrática, razão pela qual “Quanto mais elas se democratizam, mais o controle deve ser reforçado.”³⁴³ Para Kelsen, é sob essa ótica que deve ser compreendida a jurisdição constitucional, como uma garantia à República democrática, pois somente “Garantindo a elaboração constitucional das leis, e em particular a sua constitucionalidade material, ela [a Constituição] é um meio de proteção eficaz da minoria contra a maioria. A dominação desta só é suportável se for exercida de modo regular.”³⁴⁴

³⁴⁰ CAPPELLETTI, Mauro. **Controle Judicial de Constitucionalidade das Leis no Direito Comparado**..., p. 106-107.

³⁴¹ TREMPES, Pablo Pérez. **Tribunal Constitucional y Poder Judicial**..., p. 51.

³⁴² SAMPAIO, José Adércio Leite. **A Constituição Reinventada pela Jurisdição Constitucional**..., p. 37.

³⁴³ A garantia jurisdicional da Constituição..., p. 182.

³⁴⁴ É por isso que a Reforma da constituição requer maioria qualificada, pois a sua alteração não pode se dar pela vontade da maioria simples, mas apenas de um acordo entre a maioria e a minoria. (Idem, p. 181).

É interessante observar que para Kelsen a essência da democracia não é onipotência da maioria, mas uma permanente reafirmação do compromisso entre os grupos que representam no Parlamento a maioria e a minoria e, desse modo, viabilizam a paz social. A jurisdição constitucional é um instrumento para realização desse fim, já que a “... simples ameaça do pedido ao tribunal constitucional, pode ser, nas mãos da minoria, um instrumento incapaz de impedir que a maioria viole os seus interesses constitucionalmente protegidos, e de se opor à ditadura da maioria, não menos perigosa para a paz social que a da minoria.”³⁴⁵ Destaca-se que, com essa noção de democracia, Kelsen afasta-se da noção de democracia prevalecente no Estado Liberal que se restringia à expressão da soberania popular através do Poder Legislativo e tinha como conteúdo apenas a vontade da maioria.

Entretanto, como o controle de constitucionalidade de Kelsen tem suas atenções voltadas de forma especial a questões procedimentais, defende que a jurisdição constitucional atinge sua máxima importância no âmbito dos Estados federativos, que são para o autor um “caso especial de descentralização”, cuja disciplina é o conteúdo essencial da constituição, a qual determina como se fará a repartição de competência entre os entes da federação. O que Kelsen quer destacar é que as Constituições de Estados Federativos além de determinarem o procedimento de elaboração da lei, também determinam quem é a autoridade competente para elaborá-la a partir de complexo sistema de divisão de competências³⁴⁶. Por isso, para o autor “Não é exagero afirmar que a ideia política do Estado federativo só é plenamente realizada com a instituição de um tribunal constitucional.”³⁴⁷

Portanto, a partir da concepção de ordenamento jurídico em sentido estático e dinâmico, que requer a proteção da constituição como norma fundamental que concede unidade ao ordenamento jurídico, e em razão da preocupação de Kelsen com a democracia, a qual é, em última instância, garantida pelo respeito às regras de produção normativa da ordem jurídica, que Kelsen desenvolve um modelo de controle de constitucionalidade que se contrapõe ao modelo norte-americano e é muito mais complexo que o defendido por Marshall.

³⁴⁵ Idem, p. 182.

³⁴⁶ Idem, p. 183.

³⁴⁷ Idem, p. 182.

Ao contrário do que defendeu o célebre juiz norte-americano, Kelsen não realiza um esforço para atribuir o controle da constitucionalidade das leis ao Poder Judiciário e também não aceita a tese positivista de que a declaração de inconstitucionalidade é uma simples aplicação da constituição em virtude da máxima de que lei superior derroga lei inferior. Para Kelsen, a atribuição do controle de constitucionalidade das leis ao Poder Judiciário não era autoevidente e a declaração de inconstitucionalidade não poderia ser concebida como simples aplicação do direito – que como visto acima para Kelsen era muito mais complexa do que propunham os teóricos do positivismo.

Em linhas gerais, o Tribunal Constitucional de Kelsen é um *órgão independente*, que possui *competência privativa para fiscalizar a constitucionalidade das leis e dos atos normativos* de forma *abstrata*, isto é, independente de um caso concreto, quando provocado por *ação específica* para a análise da compatibilidade entre o ato infraconstitucional e a Constituição. Sendo declarada a inconstitucionalidade, a decisão proferida tem *natureza constitutiva*, uma vez que declara a *anulabilidade* dos atos legislativos e produz efeitos *ex nunc* e *erga omnes*³⁴⁸.

A partir dessa ideia geral da jurisdição constitucional kelsenina, passa-se à compreensão de cada um dos seus elementos.

Começa-se com esclarecimentos acerca do órgão competente para realizar o controle de constitucionalidade das leis, chamado por Kelsen de Tribunal Constitucional. Trata-se, acima de tudo, de um órgão independente, que não está ligado nem ao Poder Legislativo, nem ao Poder Executivo e tampouco ao Poder Judiciário. De acordo com Kelsen, a independência do Tribunal Constitucional diante do Parlamento e do governo é “um postulado evidente”, uma vez que a atividade desses órgãos é que será controlada pelo Tribunal³⁴⁹.

³⁴⁸ José Adércio Sampaio destaca que apesar das notáveis diferenças entre o Tribunal do Império Austríaco que precedeu o Tribunal Constitucional de Kelsen e este último, algumas características do Tribunal Imperial foram preservadas, “Uma seria o recurso de inconstitucionalidade, previsto contra decisões administrativas; outra a competência para dirimir conflitos entre poderes públicos ou entre agentes políticos.” (**A Constituição Reinventada pela Jurisdição Constitucional...**, p. 380).

³⁴⁹ A garantia jurisdicional da Constituição..., p. 152. Tendo em vista que “É tão difícil quanto desejável afastar a influência política da jurisdição constitucional.” Kelsen acredita que jurisdição deve ser composta por membros indicados pelo Parlamento e pelo Executivo de forma alternada, nunca sendo um dos indicados alguém que pertença a esses respectivos órgãos. Além disso, crê ser recomendável reservar algum espaço para os juristas de carreira, que fortaleceriam o tribunal, pois,

Assim, em seu famoso debate com Carl Schmitt sobre *quem deve ser o guardião da constituição*, Kelsen inicia afirmando que muitas são as questões controversas acerca de como se deve proceder a garantia da constituição. No entanto, há uma questão que parece ser pacífica: a de que a tutela da constituição deve ser concedida a um órgão cujos atos não são passíveis de controle de constitucionalidade, a um órgão independente. Essa premissa de que deve partir a ideia de jurisdição constitucional decorre um princípio jurídico unânime: “ninguém pode ser juiz de sua própria causa”³⁵⁰.

Tem-se aí a primeira razão apresentada por Kelsen para recusar a proposta de Schmitt de confiar a guarda da constituição ao Chefe do Executivo. Vale destacar que contra a proposta de Schmitt, Kelsen argumenta que a concessão do controle de constitucionalidade a um dos Poderes da República significa uma forma de centralização do Poder. Nesse sentido, lembra que quando as monarquias constitucionais do séc. XIX invocaram para si a guarda da Constituição, nada mais fizeram do que compensar o poder que haviam perdido na transição da monarquia absoluta para a monarquia constitucional³⁵¹.

Por essas razões, Kelsen também rejeita que o controle de constitucionalidade seja realizado pelo Poder Legislativo. Assim, afirma o autor que “... não é com o Parlamento que devemos contar para efetuar a sua subordinação à Constituição. É um órgão diferente dele, independente dele e, por conseguinte, também de qualquer outra autoridade estatal...”³⁵² Kelsen não deixa de reconhecer que a soberania do Parlamento (e, portanto, da centralidade da lei) e uma rígida interpretação da Constituição e da separação de poderes seriam as duas as principais objeções contra o controle de constitucionalidade exercido por um órgão independente do Parlamento. Por isso, adianta-se e responde por que o Parlamento não deve ser o guardião da constituição com fundamento em sua própria teoria do ordenamento jurídico – que coloca a constituição no ápice de um sistema jurídico hierarquizado e escalonado.

apesar de poderem ser influenciados politicamente, têm uma tendência a realizar julgamentos mais técnicos. (Idem, p. 155).

³⁵⁰ Que deve ser o defensor da Constituição?..., p. 240.

³⁵¹ Idem, p. 240.

³⁵² A garantia jurisdicional da Constituição..., p. 150.

Quanto à questão da soberania do Parlamento, Kelsen inicia argumento que não se pode falar em soberania de um órgão em particular, uma vez que a soberania é do Estado. Fora isso, lembra que a constituição regula a legislação, deixando esta subordinada àquela. Assim, destaca que o “... postulado da constitucionalidade das leis é, teórica e tecnicamente, absolutamente idêntico ao postulado da legalidade da jurisdição e da administração.”³⁵³ Diante disso, complementa destacando que se mesmo diante dessas concepções evidentes do direito positivo permanecer a defesa da impossibilidade do controle de constitucionalidade das leis, isso se deve, exclusivamente, ao desejo do poder político, que se expressa por meio do órgão legislativo, de ficar imune aos limites da Constituição – tese que não encontra suporte em nenhum argumento jurídico³⁵⁴.

Em relação à separação de poderes, Kelsen esclarece, primeiramente, que a sobrevivência de uma República depende da interpretação da separação de poderes como divisão de poderes, ou seja, “... repartição do poder entre diferentes órgãos, não tanto para isolá-los reciprocamente quanto para permitir um controle recíproco de uns sobre os outros.”³⁵⁵ Esse equilíbrio é fundamental para evitar a concentração de poder, mas tem importância especial na garantia do funcionamento regular dos diferentes órgãos estatais. Nessa perspectiva, que muito se assemelha ao *checks and balances* norte-americano, a jurisdição constitucional não deve funcionar como uma contradição ao princípio da separação de poderes, mas, ao contrário, deve ser uma afirmação dele³⁵⁶.

Postas essas condições para interpretação do princípio da separação de poderes, Kelsen afirma que é óbvio que a anulação de um ato legislativo por outro órgão caracteriza uma intromissão da atividade legislativa. Todavia, para defender a compatibilidade da instituição de um órgão independente com a função de controlar a constitucionalidade das leis com o princípio da separação de poderes, Kelsen chama a atenção para um fato que consiste em uma das principais características da fórmula desenvolvida pelo autor: ser o Tribunal Constitucional um *legislador negativo*. Vale a pena conferir as suas próprias palavras:

³⁵³ Idem, p. 151.

³⁵⁴ Idem, p. 150-151.

³⁵⁵ Idem, p. 152.

³⁵⁶ Idem, Ibidem.

“... órgão a que é confiada a anulação das leis inconstitucionais **não exerce uma função verdadeiramente jurisdicional**, mesmo se, com a independência de seus membros, é organizado em forma de tribunal. Tanto quanto se possa distingui-las, a diferença entre função jurisdicional e função legislativa consiste antes de mais nada em que esta cria normas gerais e enquanto aquela cria exclusivamente normas individuais. Ora, **anular uma lei é estabelecer uma norma geral, porque a anulação de uma lei tem o mesmo caráter de generalidade que sua elaboração, nada mais sendo, por assim dizer, que a elaboração com sinal negativo e portanto uma própria função legislativa. E um tribunal que tenha o poder de anular as leis é, por conseguinte, um órgão do poder legislativo.**”³⁵⁷ (grifou-se)

Portanto, o Tribunal Constitucional é um órgão independente que exerce *função legislativa*, tal como o Parlamento. A declaração de anulabilidade por vício de inconstitucionalidade feita pelo Tribunal caracteriza-se como uma lei dotada de generalidade³⁵⁸ porque, ao contrário do que se passa no sistema norte-americano, os efeitos da inconstitucionalidade alcançam a todos – efeito *erga omnes* – e só são produzidos após o momento da sua publicação³⁵⁹. Entretanto, ao invés de aplicar a constituição e criar uma lei como faz o Parlamento, o Tribunal Constitucional aplica a constituição para anular uma lei. A anulação com efeitos *erga omnes* e *ex nunc* é função legislativa negativa porque também implica um ato criativo, isto é, até a declaração de constitucionalidade a lei inconstitucional existia e produzia efeitos no ordenamento jurídico³⁶⁰, de modo que o reconhecimento do vício da inconstitucionalidade é um ato constitutivo, que cria uma nova situação jurídica por meio de um processo especial de revogação da lei³⁶¹. Nas palavras de Kelsen:

“... a lei é válida e deve ser aplicada por todos os órgãos aplicadores do Direito. Uma tal lei pode permanecer em vigor e ser aplicada durante muitos anos antes que seja anulada pelo tribunal competente como ‘inconstitucional’. Isto significa, porém, que os preceitos constitucionais relativos à anulação das leis que não correspondam às determinações da Constituição que diretamente regulam a legiferação têm o sentido de que também essas

³⁵⁷ Idem, p. 151-152.

³⁵⁸ “... o sentido do ato pelo qual a norma é destruída, quer dizer, pelo qual a sua validade é anulada, é, tal como o sentido de um ato pelo qual uma norma é criada, uma norma.” (**Teoria Pura do Direito**..., p. 307).

³⁵⁹ A declaração de inconstitucionalidade com efeitos *ex nunc* na constituição austríaca dependia de publicação para ter eficácia. Assim, foi previsto um prazo de no máximo um ano para a publicação da declaração de inconstitucionalidade, durante o qual a legislatura poderia trabalhar para substituir o ato impugnado evitando um vazio legal. (O controle judicial da constitucionalidade: um estudo comparado das Constituições austríaca e americana. In: **Jurisdição Constitucional**. Tradução: Alexandre Krug. São Paulo: Martins Fontes, 2003, p. 305).

³⁶⁰ Em outra passagem justifica os efeitos *ex nunc* da declaração de inconstitucionalidade afirmando que enquanto não ocorre a declaração de inconstitucionalidade deve ser respeitada a opinião do legislador expressa na lei. (Idem, Ibidem).

³⁶¹ Destaca-se que Kelsen admite a possibilidade de que a lei seja declarada parcialmente constitucional sempre a inconstitucionalidade da lei possa ser separada do seu restante. (Idem, Ibidem).

leis devem valer na medida e pelo tempo em que não forem anuladas da forma constitucionalmente prevista. As chamadas leis 'inconstitucionais' são leis conformes à Constituição, todavia, são anuláveis por um processo especial.³⁶²

Por isso, para Kelsen não tem cabimento conceber o reconhecimento de uma inconstitucionalidade como uma *declaração de nulidade com efeito retroativo*³⁶³, pois *i)* em um sistema de direito positivo não existe nulidade absoluta e *ii)* o ato só é “nulo”, se a autoridade competente reconhecer a sua nulidade, antes da declaração de “nulidade” o ato precisava ser existente, já que não é possível declarar a nulidade de algo que nunca existiu. Somente um ato existente pode ser nulo, razão pela qual ele é anulável³⁶⁴.

“...é impossível considerar absolutamente inválida ou “nula *ab initio*” uma lei promulgada pelo legislador competente. Somente as Cortes têm o poder de decidir a questão da inconstitucionalidade de uma lei. Se alguém se recusa a obedecer uma lei por entendê-la inconstitucional, está atuando sob o risco de que a Corte competente considere ilegal a sua conduta, ao ter a lei por inconstitucional. Do ponto de vista legal, apenas a opinião da corte é decisiva, portanto, a lei deve ser considerada válida enquanto não for declarada inconstitucional pela Corte competente. Esse pronunciamento, assim, tem sempre um caráter constitutivo, não declaratório.”³⁶⁵

Em suma, o Tribunal Constitucional exerce função legislativa negativa porque suas decisões não são apenas atos de aplicação do direito. Ao reconhecer uma inconstitucionalidade, anulam a lei por meio de uma decisão constitutiva dotada

³⁶² **Teoria Pura do Direito**..., p. 362.

³⁶³ No entanto, é bom destacar que Kelsen observa que “Dentro de uma ordem jurídica não pode haver algo como a nulidade, que uma norma jurídica não pode ser nula, mas apenas anulável. Mas essa anulabilidade prevista pela norma jurídica pode ter diferentes graus. Uma norma jurídica somente é anulável com efeitos para o futuro, de forma que os efeitos já produzidos deixados para trás permanecem intocados. Mas também pode ser anulada com efeito retroativo, de forma tal que os efeitos jurídicos que ela deixou para trás de si sejam destruídos, como, por exemplo, a anulação de uma lei penal, acompanhada da anulação de todas as decisões judiciais proferidas com base nela.(...)Porém a lei foi válida até a sua anulação. Ela não era nula desde o início. (Idem, p. 307).

³⁶⁴ O controle judicial da constitucionalidade (Um estudo comparado das Constituições austríaca e americana)..., p. 308.

³⁶⁵ O controle judicial da constitucionalidade (Um estudo comparado das Constituições austríaca e americana)..., p. 309. A tese da anulabilidade da lei inconstitucional foi severamente criticada por violar o princípio em que se sustenta toda a ideia de controle de constitucionalidade: o princípio da supremacia da Constituição. Ora, se a lei inconstitucional é válida até que seja reconhecido o seu vício pelo Tribunal Constitucional, pode-se dizer que é possível que uma lei inconstitucional se sobreponha a Constituição até que seja reconhecida a sua invalidade por um órgão legítimo para tanto. Nesse caso, a lei inconstitucional se sobrepõe à supremacia da constituição, que só voltaria a ser suprema quando houvesse o reconhecimento da invalidade da lei inconstitucional. Para resolver essa questão, Kelsen propõe uma distinção entre o plano da validade e da existência que é bastante controversa. A existência diria respeito ao pertencimento da norma ao sistema enquanto a validade refere-se à aplicação da lei. Assim, uma norma pode ser inexistente, não pertencer ao ordenamento, mas ser aplicável. A norma inconstitucional é uma norma inexistente, mas que pode ser aplicada. Assim, mantém-se incólume o princípio da supremacia da Constituição. (**Teoria Pura do Direito**...p. 232 e ss.).

de generalidade que produz uma situação jurídica nova, alcançando a todos a partir do momento da sua publicação. Assim, a função legislativa resta dividida entre dois órgãos: o Parlamento, que legisla positivamente, e o Tribunal Constitucional, que legisla negativamente. Por isso, não há intromissão indevida do Tribunal Constitucional nas funções do Poder Legislativo, há na verdade um compartilhamento de funções.

Não é demais frisar que o Tribunal Constitucional, mesmo exercendo função legislativa, não é um órgão do Poder Legislativo, permanece, como deseja Kelsen, um órgão independente. Assim, explica Clèmerson Merlin Clève, que o Tribunal Constitucional exerce “... uma espécie de função constitucional autônoma, de certo modo comparável à função legislativa negativa.”³⁶⁶ Nessa mesma linha, também parece muito adequada a afirmação de Enterría no sentido de que o Tribunal Constitucional não é um usurpador das funções do Parlamento, mas o seu “complemento lógico”.³⁶⁷

Resta ainda, não esclarecida, a afirmação de que o Tribunal Constitucional “não exerce uma função verdadeiramente jurisdicional”. Vem-se insistindo que o Tribunal Constitucional é um órgão independente de todos os Poderes do Estado e exerce função de legislador negativo. Assim, como anular uma lei é atividade que envolve competência típica do Poder Legislativo, Kelsen afasta da composição do Tribunal Constitucional os membros do Poder Judiciário, sob pena de violação da política democrática. Além disso, ao afirmar que o controle de constitucionalidade é competência privativa do Tribunal, mantém incólume o princípio da separação de poderes, uma vez que os juízes permanecem submetidos à lei. De acordo com Enterría, ao instituir um órgão independente fora da estrutura do Poder Judiciário, o objetivo de Kelsen é evitar um *governo de juízes*, que na época poderia se constituir em virtude dos incentivos das doutrinas jurídicas, como as da Escola livre do direito,

³⁶⁶ **A Fiscalização Abstrata da Constitucionalidade no Direito Brasileiro...**, p. 68.

³⁶⁷ Já não se pode considerar tão precisa a afirmação do autor de que para Kelsen o Poder Legislativo está dividido em dois órgãos: um poder legislativo positivo responsável por legislar – o Parlamento – e um legislador negativo responsável por garantir a inviolabilidade da coerência e da unidade do ordenamento – o Tribunal Constitucional (ENTERRÍA, Eduardo García de. **La Constitución como Norma y El Tribunal Constitucional...**, p. 59). Na realidade não há para Kelsen dois Poderes Legislativos. O Poder Legislativo é representado somente pelo Parlamento. É a função legislativa que se divide entre o Parlamento e o Tribunal Constitucional, órgão autônomo que apesar de legislar negativamente, tem contornos absolutamente distintos dos do Poder Legislativo, seja pela sua forma de composição, seja pelo procedimento adotado para exercer a função legislativa.

que sugeriam que a interpretação deveria ser livre, de acordo com o sentimento do povo, libertando assim os juízes da observância estrita da lei³⁶⁸.

Portanto, o Tribunal Constitucional não se confunde com o Poder Judiciário, como também não desempenha a mesma função que este. Na função de legislador negativo, o Tribunal Constitucional não julga litígios concretos como faz o Poder Judiciário, mas aprecia a constitucionalidade da lei em abstrato, ou seja, não julga a adequação da norma ao fato, analisa a compatibilidade da lei com as categorias lógicas do ordenamento, verificando então a sua validade. Para Kelsen, o controle de constitucionalidade abstrato realizado por um Tribunal Constitucional autônomo é a principal diferença entre o seu modelo e o modelo de controle de constitucionalidade norte-americano. Enquanto nos Estados Unidos a declaração é sempre incidental, no bojo de um caso concreto, na Áustria, acontece em abstrato, com base na lei em tese. O modelo norte-americano não é adequado porque somente a violação de um interesse particular pode colocar em questão a constitucionalidade da lei, que contém um interesse público que deve ser protegido por um procedimento especial³⁶⁹. Além disso, o *judicial review* não serve para os países europeus com tradição da *civil law* em razão da ausência de um sistema de vinculação de precedentes como o *stare decisis*, colocando assim em risco a segurança jurídica³⁷⁰. Por isso, o controle de constitucionalidade europeu só teria a segurança jurídica garantida através da instituição de um Tribunal Constitucional que fiscalizasse a constitucionalidade das leis em abstrato e com efeito *erga omnes*.

Pois bem, existiria então ainda alguma característica do Tribunal Constitucional que o aproxima da função Judiciária? Para Kelsen, dentre todos os debates e discussões que podem se erguer em torno da jurisdição constitucional, o

³⁶⁸ ENTERRÍA, Eduardo García de. **La Constitución como Norma y El Tribunal Constitucional...**, p.132.

³⁶⁹ O controle judicial da constitucionalidade (Um estudo comparado das Constituições austríaca e americana)..., p. 311-312.

³⁷⁰ Kelsen explica que por força dos *stare decisis* a decisão da Suprema Corte dos Estados Unidos tem a mesma força da anulação de uma lei. Entretanto, adverte para o fato de que o *stare decisis* não alcança todas as hipóteses de inconstitucionalidade, dando margem à insegurança jurídica. Assim, não se admite *stare decisis* no caso de interpretação da Constituição, o que viabiliza que em um caso a Corte declare a norma constitucional e em outro não. A situação se agrava diante dos trabalhos das outras Cortes. Pode acontecer de uma Corte Estadual declarar a constitucionalidade de uma lei em um determinado caso e, posteriormente, a Suprema Corte declarar a sua inconstitucionalidade em outro caso. Nessa hipótese haverá no sistema duas decisões diferentes, uma vez que a Corte Estadual estará impedida de conformar a sua decisão à decisão proferida pela Suprema Corte em virtude da consolidação da coisa julgada. (Idem, p. 307-309).

que gira em torno de saber se a função do Tribunal Constitucional é efetivamente jurisdicional é, particularmente, irrelevante. De acordo com o autor, não importa se a resposta é afirmativa ou negativa, o que importa é que os membros do Tribunal Constitucional sejam indicados de maneira que sejam independentes do Parlamento e do governo, uma vez que são os atos destes que serão controlados pelo Tribunal. Essa independência, prossegue Kelsen, tem a mesma natureza da independência que as modernas constituições conferem ao Poder Judiciário, por isso, pode ser chamada de independência judiciária³⁷¹.

Comparar a independência do Tribunal Constitucional com a independência do Poder Judiciário não significa dizer que o Tribunal Constitucional seja parte do Poder Judiciário ou que exerça funções judiciárias. Assim, mantém-se intacta a afirmação de que o Tribunal Constitucional é um órgão independente que exerce função legislativa negativa. O problema em relação à definição exata da natureza jurídica do Tribunal Constitucional começa quando se lê a seguinte passagem:

“A anulação de uma lei se produz essencialmente como aplicação das normas da Constituição. A livre criação que caracteriza a legislação está aqui quase completamente ausente. (...) a atividade do legislador negativo, da jurisdição constitucional, é absolutamente determinada pela Constituição. E é precisamente nisso que a sua função se parece com a de qualquer outro tribunal em geral: ela é principalmente aplicação e somente em pequena medida criação do direito. É, por conseguinte, efetivamente, jurisdicional.”³⁷²

Ora, então o Tribunal Constitucional também exerce função jurisdicional? Parece que sim. O fato de possuir características de um *legislador negativo* – que reconhece a anulabilidade da lei através de um procedimento abstrato que resulta em uma sentença constitutiva de efeitos *erga omnes* e *ex nunc* – não é incompatível com a função jurisdicional composta na maior parte de aplicação do direito e de uma pequena parcela de criação do direito. Realmente, quando o Tribunal Constitucional verifica a constitucionalidade de uma lei, tem sua atuação absolutamente delimitada pela constituição, sendo sua decisão um ato de aplicação desta; em que pese ainda haver uma pequena parcela de criação, uma vez que o reconhecimento da inconstitucionalidade constitui uma nova situação jurídica.

Vale lembrar que para Kelsen todo operador do direito possui uma margem de liberdade de criação, sendo que o que distingue uma lei dos atos infralegais é

³⁷¹ Quem deve ser o defensor da Constituição?..., p. 248.

³⁷² A garantia jurisdicional da Constituição..., p. 153.

justamente a margem de liberdade que o operador possui na aplicação do ato jurídico. Assim, o que difere a função legislativa do Tribunal Constitucional da função legislativa do Parlamento é a margem de liberdade de criação, que no caso do Tribunal Constitucional é bastante reduzida. E, é justamente essa margem reduzida de liberdade de criação que aproxima o Tribunal Constitucional da função jurisdicional. Portanto, é possível afirmar que o Tribunal Constitucional exerce uma parcela de função legislativa negativa e parcela de função jurisdicional³⁷³.

Ainda, para reforçar o argumento de que o Tribunal Constitucional exerce, *também*, função jurisdicional, recorda-se que ao responder às acusações de Carl Schmitt contra a natureza política do Tribunal Constitucional, Kelsen afirma que o Tribunal possui natureza política muito mais ampla que os demais tribunais integrantes do Poder Judiciário, entretanto, isso não significa que “... não seja um tribunal, que sua função não seja *jurisdicional*; e menos ainda que tal função não possa ser confiada a um órgão dotado de independência judiciária.”³⁷⁴ É por certo no decorrer dessa famosa polêmica travada com Schmitt acerca de *Quem deve ser o defensor da Constituição*³⁷⁵, que Kelsen explica qual é a dimensão jurisdicional do Tribunal Constitucional. Devido à importância desse debate e a força dos argumentos de Kelsen, abre-se aqui espaço para alguns pontos dessa polêmica que parecem ser mais relevantes.

Como explica o próprio Kelsen, o problema central formulado por Schmitt é saber se o Tribunal Constitucional pode ser o guardião da constituição³⁷⁶. Schmitt recusa a existência de Tribunais Constitucionais em regimes democráticos porque entende que esses Tribunais são verdadeiras instâncias políticas³⁷⁷. Para Schmitt, o Tribunal Constitucional não tem nenhum traço de natureza jurisdicional, pois não aprecia litígios e profere decisões que mais determinam o conteúdo da constituição

³⁷³ Para Bianca Stamato a atividade do Tribunal Constitucional está “...a meio termo entre o Poder Legislativo e o Judiciário, pendendo, no esquema de separação de poderes, para esse último. (...) Vislumbra-se uma zona de penumbra, em que a atividade da Corte Constitucional aproxima-se da do Legislativo.” (**Jurisdição Constitucional**. Rio de Janeiro: Renova, 2005, p. 87).

³⁷⁴ Quem deve ser o defensor da Constituição?..., p. 253.

³⁷⁵ Para Paulo Bonavides a polêmica entre Kelsen-Schmitt foi um momento decisivo para a compreensão do formalismo na Alemanha e pode ser indicada como um divisor de águas na teoria do século XX. (**Política e Constituição: Os caminhos da democracia**. Rio de Janeiro: Forense, 1985, (184).

³⁷⁶ Quem deve ser o defensor da Constituição?..., p. 248-249.

³⁷⁷ **La Defensa de la Constitución**. Tradução: Manuel Sanches Sarto. Tecnos: Madrid, 1998, p. 90-93.

do que a aplicam³⁷⁸, assim, legisla sob a forma de procedimento. Na opinião de Schmitt a atividade jurisdicional só é legítima quando está totalmente submetida à vontade do legislador, ou seja, quando aplica a norma jurídica ao fato através da subsunção. A função do Judiciário era aplicar as normas aos fatos no melhor estilo positivista, o que não é possível ser feito no controle de constitucionalidade.

Para Schmitt, a constituição é um fenômeno político, por isso não seria possível a sua limitação através de procedimentos judiciais. O controle de constitucionalidade pelos Tribunais Constitucionais representa o que de mais nefasto poderia acontecer em uma democracia: a judicialização da política³⁷⁹. Por isso, juízes e Tribunais deveriam atuar dentro de um modelo hermenêutico positivista de subsunção da norma ao fato. Contudo, Schmitt preocupava-se com a aplicabilidade das normas constitucionais de conceitos abertos, que não se satisfaziam com a mecânica da subsunção³⁸⁰. Desse modo, a única forma democrática de determinação do conteúdo dessas cláusulas abertas seria o controle de constitucionalidade para uma autoridade política eleita pelo povo.

Assim, o controle de constitucionalidade poderia ser conferido ao Parlamento ou ao Chefe de Executivo. Entretanto, para Schmitt, em uma democracia³⁸¹, somente o Chefe do Executivo era capaz de expressar a vontade do povo, *i)* pois tinha uma posição neutra e central em relação ao sistema político partidário, *ii)* somente ele possuía independência suficiente dos grupos políticos de pressão, era o único que tinha condições de manter a unidade do sistema político e jurídico, e *iii)* uma vez eleito pelo povo expressaria, da melhor forma, a vontade do

³⁷⁸ Kelsen destaca que apesar de negar a guarda da Constituição ao Tribunal Constitucional, Schmitt não vê problemas no controle de constitucionalidade exercido pelos tribunais norte-americanos, mesmo que na essência ambos exerçam exatamente a mesma função, mudando apenas no plano quantitativo de alcance de cada um, o primeiro tem um alcance quantitativo maior que o segundo. (Que deve ser o defensor da Constituição?..., p. 249).

³⁷⁹ **La Defensa de la Constitución...**, p. 111-124

³⁸⁰ *Idem*, p. 81-85.

³⁸¹ Para Schmitt a democracia não pode ser reduzida ao sistema Parlamentar, onde a vontade do povo é auferida aritmeticamente e por voto secreto, colocando sempre os interesses do povo em segundo plano, em detrimento de negociatas parlamentares. Assim, a democracia seria melhor efetivada se as decisões políticas se concentrassem nas mãos do Presidente do Reich e fossem legitimadas por aclamação pública ou referendos. Somente quando o povo aprova e sustenta as decisões do governo é que se tem uma democracia. As críticas de Schmitt à democracia liberal estão reunidas na obra "A Crise da Democracia Parlamentar", que embora escrita na década de 20, impressiona pela sua atualidade. Entretanto, é necessário não esquecer que as críticas de Schmitt à democracia parlamentar não eram apenas uma denúncia, mas um discurso em prol da sua eliminação.

povo e estaria mais legitimado³⁸². Portanto, para Schmitt, era o Chefe do Executivo a pessoa ideal para proteger a democracia e fazer cumprir a constituição; característica de sua obra que demonstra a tendência dos Estados Sociais de valorizar o Poder Executivo.

Os argumentos de Schmitt são todos rebatidos por Kelsen na defesa da existência dos Tribunais Constitucionais.

Primeiramente, Kelsen adverte que Schmitt parte da premissa equivocada de que entre a função jurisdicional e a função política há uma contradição fundamental. A assertiva de que a declaração de inconstitucionalidade das leis seria um ato político e não jurisdicional possui uma incongruência fundamental. No entanto, para compreendê-la, Kelsen julga necessário estabelecer o que se entende por política. De acordo com o autor, o conceito de política é geralmente mal entendido e utilizado por ter diversos significados. Kelsen explica que, no presente debate, Schmitt entende como política a decisão do legislador capaz de obrigar os cidadãos a obedecerem sua vontade expressa nos limites jurídicos a ele impostos. Ao juiz não se atribui esse poder político, uma vez que cabe a ele simplesmente aplicar o ordenamento criado pelo legislador.

Kelsen indica que essa ideia é falsa, "... porque pressupõe que o exercício do poder esteja encerrado dentro de um processo legislativo". Não se reconhece que ele se estende e, até mesmo, pode ter início, na jurisdição. Se o político está em todos os conflitos de interesses apaziguados por uma decisão, toda a sentença possui um elemento político, pois toda sentença é uma decisão. Assim, "O caráter político da jurisdição é tanto mais forte quanto mais amplo for o poder discricionário que a legislação, generalizante por sua própria natureza, lhe deve necessariamente ceder."³⁸³ Afirmar que somente a legislação é política é tão equivocado quanto afirmar que somente a legislação cria direito. Quando o legislador concede ao juiz um espaço discricionário a ser preenchido no momento da decisão, está conferindo ao juiz um espaço de criação e, portanto, um poder político de natureza idêntica ao poder político do legislativo, variando apenas em termos quantitativos³⁸⁴.

³⁸² **La Defensa de la Constitución...**, p. 213 e ss.

³⁸³ Que deve ser o defensor da Constituição?..., p. 251.

³⁸⁴ Idem, p. 252.

Para Schmitt as questões políticas não podem ser objetos da jurisdição porque o juiz não pode fugir da tarefa da subsunção do fato à norma. Como a decisão sobre a inconstitucionalidade não é uma mera subsunção, mas envolve uma definição do conteúdo, essa atividade não se caracteriza como jurisdição. A essa objeção Kelsen responde afirmando que a dúvida quanto à conveniência de se atribuir a um Tribunal Constitucional a tutela da constituição até pode ser plausível, preferindo-se atribuí-la ao Parlamento ou ao Executivo. No entanto, prossegue o autor:

“é impossível afirmar que a função de um tribunal constitucional não é jurisdicional quando a norma que deve aplicar tem conteúdo duvidoso, de modo que a sua decisão consista na definição deste conteúdo; porque é impossível afirmar que a incerteza do conteúdo da norma seja, no caso de uma lei inconstitucional, algo diferente do que acontece no caso de uma lei ordinária.”³⁸⁵

Portanto, mais uma vez, Kelsen admite que o Tribunal Constitucional exerce função jurisdicional e que, como toda função jurisdicional, o seu exercício comporta uma margem de liberdade, mesmo que mínima.

Na esteira de Álvaro Cruz, não se pode deixar de observar que a função criadora da jurisdição constitucional contida na concepção normativista do ordenamento jurídico proposta por Kelsen é “...frontalmente contraditória com o princípio da separação de poderes, ao menos se entendido de acordo com sua formulação original.”³⁸⁶ Acrescente-se a isso que, mesmo levando em consideração uma interpretação mais flexível do princípio da separação de poderes como propõe o *checks and balances* norte-americano, não é aceitável a equivalência qualitativa entre a atividade jurisdicional e a atividade legislativa. Uma distinção meramente quantitativa, como quer o normativismo, acaba equiparando a função judicial à tarefa legislativa de livre criação do direito. Não que o juiz não exerça uma tarefa criativa, no sentido de construtiva, pelo contrário, como será visto adiante, esse é justamente o pressuposto de que parte este trabalho. Contudo, a criação-construção exercida pelo juiz não se situa em um espaço de discricionariedade, é inseparável das regras e princípios que regem o ordenamento jurídico.

A questão assume relevância quando se depara com o problema da legitimidade democrática da função jurisdicional. Não se pode negar que a atribuição

³⁸⁵ Idem, p. 255.

³⁸⁶ SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. **Jurisdição Constitucional e Racionalidade Prática...**, p.127-128.

de uma margem de discricionariedade ao magistrado resulta em uma decisão que não possui consistência democrática. O argumento de Kelsen de que o magistrado recebe do legislador uma margem de discricionariedade quando este elabora a norma e quando delega competência para a Corte Constitucional declarar a inconstitucionalidade de uma lei, sobrepondo-se ao legislador eleito democraticamente, não é satisfatório. É necessário lembrar da lição de Rousseau de que a liberdade só é possível quando o cidadão obedece às normas que se autoimpõe, assim, a liberdade só é possível em um regime democrático pautado pela soberania popular. Quando o juiz impõe livremente uma norma ao cidadão, desaparece a liberdade, desaparece a autonomia pública, desaparece a democracia.

Ao passo que o positivismo tradicional construiu uma teoria absolutamente compatível com a separação de poderes, com a segurança jurídica e a com a autonomia pública, seus críticos falharam justamente nestes pontos. Ao reconhecer que o ato jurisdicional também é composto por elemento volitivo, Kelsen dá um grande e importante passo em relação ao positivismo tradicional. Porém, o normativismo comete um pecado capital quando não busca dizer como esse espaço de livre criação deve ser preenchido pelo juiz, questão fundamental para aplicação do ordenamento jurídico dinâmico e das cláusulas abertas, que hoje são encontradas em enorme quantidade nos textos constitucionais. Portanto, o normativismo "... deve ser completado com uma teoria da decisão, que dê as bases para a racionalização e a controlabilidade da atividade construtiva dos tribunais."³⁸⁷. É precisamente esse o objetivo de diversas teorias que se seguem ao positivismo, como a tópica, a retórica, a teoria da argumentação, e outras, que são geralmente chamadas pela doutrina como *pós-positivistas*³⁸⁸.

³⁸⁷ SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. Idem, p. 129-30.

³⁸⁸ O termo *pós-positivismo* deve ser visto com cuidado por três motivos principais. Primeiro, não há apenas um pós-positivismo, são diversos autores com propostas muito distintas que são reunidos com a classificação *pós-positivismo*. Segundo, o pós-positivismo não rejeita grande parte do que foi estabelecido pelo positivismo. Na verdade trabalha a partir dele dando enfoque para o problema das cláusulas abertas que expressam direitos e princípios fundamentais das Constituições. Terceiro, a existência de cláusulas abertas não é uma descoberta *pós-positivista*, o positivismo tradicional já reconhecia a existência das cláusulas dessa natureza, apenas não havia fórmulas e teorias consistentes sobre a aplicabilidade dessas normas, o que hoje é a questão central de diversos problemas trabalhados pela Teoria do Direito e, em especial, pelo ramo do Direito Constitucional que se dedica à hermenêutica e à aplicabilidade dos direitos fundamentais.

Embora sujeito a críticas, o ordenamento jurídico e o Tribunal Constitucional de Kelsen são um marco do Estado de Bem-estar Social, na medida em que quebram os principais dogmas do Estado Liberal que impediam a conciliação do constitucionalismo com a democracia. Com visto, com Kelsen cai o império da lei, ascende a supremacia da constituição, repudia-se uma interpretação rígida do princípio da separação de poderes e abre-se espaço para jurisdição constitucional como instrumento destinado à proteção da integridade do ordenamento jurídico diante de arbítrios do legislador e do administrador e, em menor medida, como meio de garantia de um regime democrático preocupado com o respeito às minorias.

O Tribunal Constitucional de Kelsen obteve grande êxito na Constituição Austríaca de 1920. Apenas em 1929 é submetido a algumas reformas. Nessa ocasião foi incluído o controle concreto através da extensão da legitimidade aos Tribunais de segunda instância para propositura de ação direta, por via incidental, em decorrência de uma controvérsia sobre a lei federal ou estadual³⁸⁹. Ainda, foi na Reforma de 1929, que alterou a forma de composição do Tribunal, substituíram-se as indicações feitas por parlamentares por indicações feitas pelo Executivo. A Corte de então foi dissolvida e composta uma nova Corte apenas com partidários do Executivo. Para Kelsen esse era o início das transformações políticas que conduziria a Áustria ao fascismo e à ausência de resistência à ocupação nazista.

Seguiram o modelo austríaco, a Constituição tchecoslovaca de 1920 e a espanhola de 1931. Ao final da Segunda Guerra esse modelo espalhou-se por todo o mundo, tornando-se quase unanimidade na Europa, alcançando a África, a Ásia e a América Latina. Com a queda do muro de Berlim foi adotado por diversos países ex-membros da União Soviética³⁹⁰. Na Europa, o sistema difuso sobreviveu na Suíça, na Irlanda, na Noruega, na Dinamarca e na Suécia. Na Grécia e em Portugal, criaram-se modelos atípicos sob a influência dos dois sistemas, tal como se passou no Brasil.

³⁸⁹ O acesso dos juízes ordinários aos Tribunais Constitucionais se deu só nos sistemas italiano e alemão, que determinam que quando o juiz ordinário estiver diante de uma lei que reputa inconstitucional, devem submetê-la à apreciação do Tribunal Constitucional que decidirá com eficácia vinculante. (CAPPELLETTI, Mauro. **Controle Judicial de Constitucionalidade das Leis no Direito Comparado**... p. 14-109).

³⁹⁰ Cf. SAMPAIO, José Adércio Leite. **A Constituição Reinventada pela Jurisdição Constitucional**..., p. 39 e BINENBOJM, Gustavo. **A nova jurisdição Constitucional**..., p. 39-40.

Portanto, mesmo diante da dificuldade de pensar em valores compartilhados por toda a sociedade de forma permanente e estável em virtude do pluralismo social que já se vislumbrava, os europeus passam a ver a constituição como norma jurídica superior que reúne os consensos permanentes e os valores de justiça para limitação do legislador, colocando nas mãos dos juízes o papel de interpretar o direito para além do direito positivo. Como forma de garantir que as questões constitucionais fossem apreciadas com cautela e prudência, entendeu-se que seria mais adequado atribuí-las a um Tribunal Constitucional que deveria se concentrar apenas em questões constitucionais, ao invés de atribuí-las aos tribunais, como faz o modelo norte-americano³⁹¹.

Louis Favoreu destaca três motivos para o sucesso do modelo kelseniano no continente europeu: *i) motivos históricos*: a enraizada desconfiança em relação aos juízes ordinários restou ainda mais acentuada após a Segunda Guerra em razão da impotência que demonstram diante das arbitrariedades do legislador opressor durante os períodos de guerra. Ainda, o desejo de restabelecer a democracia surgiu pela primeira vez depois da guerra como uma ideia desvinculada do legislador e que tampouco poderia ser confiada ao Executivo, restando à jurisdição constitucional a sua tutela; *ii) motivos teóricos*: os esforços de Kelsen e Eisenmann para comprovar que a jurisdição constitucional estava perfeitamente encaixada na teoria da separação de poderes, a consagração da constituição como norma fundamental que deve ser respeitada pelas outras normas, a compreensão do controle de constitucionalidade das leis como instrumento de proteção das minorias – o que de certa forma estava presente já na origem do controle de constitucionalidade norte-americano; e *iii) motivos institucionais ou políticos*: temor da ditadura da maioria e possível violação às liberdades fundamentais³⁹².

Enfim, durante o paradigma do Estado de Bem-estar Social a jurisdição constitucional chega a diversos países da Europa e do mundo desempenhando um papel de extrema relevância para proteção dos direitos fundamentais e da

³⁹¹ HESPANHA, António Manuel. **Cultura Jurídica Européia...**, p. 373. Nesse sentido, também Gustavo Binembjom observa que o constitucionalismo europeu "... se desenvolve em sociedades divididas, com ideologias conflitantes, enquanto o constitucionalismo norte-americano floresceu em um ambiente social e ideológico mais harmônico. Seria natural, portanto, a tendência à concentração das decisões sobre a matéria constitucional por sua relevância política em um único órgão, composto de membros nomeados pelas autoridades políticas legitimadas pelo voto popular." (BINENBOJM, Gustavo. **A nova jurisdição Constitucional...**, p. 40).

³⁹² FAVOREU, Louis. **As Cortes Constitucionais...**, p. 22-26.

democracia. Sua importância destaca-se de forma ainda mais intensa em virtude de posturas ativistas que assumiu durante aquele período, de modo que no desenrolar da história o debate acerca da legitimidade democrática da jurisdição constitucional é acompanhado por críticas e preocupações quanto ao verdadeiro papel e aos limites adequados para sua atuação em democracias constitucionais; problemática que continua dependente da noção que se tem de *democracia* e de *constitucionalismo*, bem como da forma de interação desses dois pilares dos Estados Modernos.

1.4.3 A Suprema Corte norte-americana e o *New Deal*

O *Welfare State* começa a se desenhar nos Estados Unidos no final do séc. XIX, quando o Estado aumenta a intervenção na economia editando leis antitruste, leis sobre transportes ferroviários e sobre relações de emprego. Consequentemente, muitas dessas leis foram impugnadas, aumentando significativamente o trabalho da Suprema Corte³⁹³. A princípio a posição da Suprema Corte em relação a essa legislação era condizente com o liberalismo econômico, limitando-se a controlar apenas a constitucionalidade das leis no âmbito processual através do princípio do devido processo³⁹⁴.

Em 1897, quando se admite o controle substantivo do devido processo no caso *Allgeyer v. Louisiana*, o direito à liberdade recebe uma interpretação extensiva, sendo entendido também como “liberdade para contratar”. De acordo com a interpretação da época o governo não poderia interferir nas condições impostas pelos contratos de emprego, uma vez que tal interferência representaria uma intromissão indevida na esfera de liberdade contratual de empregadores e

³⁹³ Jorge Miranda divide o desenvolvimento do *judicial review* em três fases. 1ª) até 1880: a preocupação é garantir a unidade dos Estados Unidos, assim a fiscalização busca mediar a relação entre a União e os Estados Federados, 2ª) de 1880 a 1935-1937: a interpretação dada pela Suprema Corte à Constituição é marcada pelo conservadorismo típico do capitalismo liberal. Nesse período afirma-se a autoridade da Suprema Corte diante do poder legislativo e passasse a falar em *governo dos juízes*, 3ª) por fim a última fase, marcada sobretudo pelo caso *Brown vs. Board Education* de 1954, dedica-se à proteção da liberdade política e da igualdade racial. (**Manual de Direito Constitucional...**, p. 151). Interessa nesse momento o trabalho desenvolvido pela Suprema Corte na segunda fase descrita por Jorge Miranda.

³⁹⁴ MORO, Sérgio. **Jurisdição Constitucional como Democracia...**, p. 29. No entanto, é bom lembrar que já havia uma minoria que no caso *Slaughter House Cases* de 1873 posicionou-se pelo controle da razoabilidade da lei.

empregados. Nesse sentido, a Corte declarou inconstitucional a proibição de “yellow dog contracts”, isto é, contratos que tivessem como condição a não-sindicalização do empregado³⁹⁵. Ao proteger a liberdade de contrato, preservam-se os valores liberais. Com posturas como essa, a Suprema Corte passa a invalidar sistematicamente todas as normas de intervenção no domínio econômico, consagrando o espírito capitalista liberal do séc. XIX.

Já no início do séc. XX ficou consolidada a posição contrária da Corte em relação à intervenção normativa do Estado na economia. Esse período ficou conhecido como Era Lochner em virtude do caso *Lochner v. New York*, quando a Corte declarou inconstitucional lei do Estado de Nova Iorque que limitava a jornada de trabalho dos empregados de padarias com o argumento de que a lei intervinha excessivamente na liberdade de contrato entre empregado e empregador³⁹⁶. Seguiram-se a Lochner outras decisões de mesma natureza³⁹⁷.

Conforme relata Laurence Baum, nos anos 20 a Suprema Corte chegou a declarar inconstitucionais mais de cento e trinta leis que regulavam a economia³⁹⁸. Em 1923 no caso *Adkins v. Children’s Hospital* foi declarada inconstitucional uma lei que estabelecia salário mínimo para mulheres e crianças. Ainda, na década de 1930, seguindo a orientação estabelecida em Lochner, a Corte invalidou diversas medidas que faziam parte do *New Deal* planejado por Franklin Roosevelt, agravando ainda mais a crise econômica em que o país tinha mergulhado depois da crise de 1929.

Apesar das duras críticas, a Corte manteve seu posicionamento, até o ponto de ver-se em meio a um tenso conflito com o Presidente Franklin Roosevelt e suas políticas de New Deal – programa de combate à Grande Depressão pautado especialmente por medidas de intervenção no domínio econômico. Entre 1935 e 1936, a Corte colocou em sério risco os planos de Roosevelt, declarando inconstitucionais leis fundamentais para o New Deal³⁹⁹.

³⁹⁵ SUNSTEIN, Cass. **The Second Bill of Rights**. New York: Basic Books, 2004 p. 28.

³⁹⁶ Conforme relata Moro, Lochner é um exemplo típico de “ativismo conservador” (**Jurisdição Constitucional como Democracia...**, p. 32).

³⁹⁷ Nesse sentido, confira-se Moro, Sérgio. Idem, p. 30 e ss.

³⁹⁸ BAUM, Laurence. **A Suprema Corte Americana...**, p. 40-41.

³⁹⁹ Sunstein relata que a maior crítica feita ao Welfare State recai sobre a natureza dos direitos que ele passou a garantir, isto é, recai sobre os direitos sociais. Críticos conservadores argumentam que quando os Estados Unidos foram criados os direitos fundamentais foram pensados

Roosevelt tentou reverter o posicionamento da Corte enviando para o Congresso um projeto de lei que autorizava a nomeação de um juiz em todos os Tribunais Federais que tivessem em sua composição um magistrado com mais de 70 anos que teria abdicado de se aposentar. Diante das críticas e da proposta de aumentar o número de juízes, em 1937 a Corte muda seu posicionamento, chancelando o New Deal. A decisão que marca essa reviravolta na jurisprudência da Corte é a *West Coast Hotel v. Parrish*, na qual a Corte revê a decisão proferida em *Adkins v. Children's Hospital*, cooperando com a política do New Deal. De acordo com Sunstein, nessa decisão, que é uma das mais importantes de toda a história da Suprema Corte, "... a Corte falou em termos que poderiam ser facilmente encontrados nos discursos de Roosevelt"⁴⁰⁰. A liberdade de contratar, escreveu o Chief Justice Charles Evans Hughes, "é uma liberdade de organização social que requer a proteção da lei contra os perigos que ameaçam a saúde, a segurança a moral e o Bem-estar do povo."⁴⁰¹.

Essa mudança ficou conhecida como "the switch in time that saved nine", uma referência ao projeto de Roosevelt de interferir na composição da Suprema Corte que acabou sendo rejeitado após as mudanças no seu posicionamento⁴⁰². Como consequência da nova postura assumida pela Corte alguns juízes conservadores renunciaram, abrindo a chance para Roosevelt preencher a Corte com juízes favoráveis a sua política⁴⁰³. Entre *Adkins* e *West Coast Hotel*, a Constituição passou por uma transformação substancial⁴⁰⁴. Depois dessa decisão a

como um instrumento de proteção e garantia contra governos tirânicos e corruptos. Somente muitos anos depois, com o New Deal, com a ideia de The Great Society e com a Corte Warren é que os direitos sociais foram introduzidos. No entanto, ao invés de proteger os cidadãos contra o governo, esses direitos tornaram-nos dependentes dos governos, violando a "verdadeira liberdade" de duas formas: confiscando a riqueza dos mais ricos e enfraquecendo a autossuficiência dos mais pobres. Assim, ao inserir novos direitos positivos, modernos liberais como Roosevelt traíram o conceito de liberdade dos Founding Fathers e criaram uma massa de cidadãos que são agora dependentes do governo. (SUNSTEIN, Cass; HOLMES, Stephen. **The Cost of Rights**. New York: Norton, 2000, p. 41) Na sequência Sunstein demonstra que a crítica conservadora não se sustenta, uma vez que não há diferença *substancial* entre os direitos negativos e positivos, para Sunstein, no final das contas todos os direitos possuem natureza positiva e exigem uma atuação por parte do Estado. (SUNSTEIN, Cass; HOLMES, Stephen. *Idem*, p. 43-48)

⁴⁰⁰ SUNSTEIN, Cass. **The second bill of rights...**, p. 29

⁴⁰¹ SUNSTEIN, Cass. *Idem*, p. 29

⁴⁰² BAUM, Laurence. **A Suprema Corte Americana...**, p. 42.

⁴⁰³ BAUM, Laurence. *Idem*, p. 42.

⁴⁰⁴ Nesse sentido, Sunstein concorda com a defesa de Ackerman da existência de um "momento constitucional" entre 1932 e 1937, uma vez que há uma diferença *substancial* na Constituição durante esse período e muitos dos objetivos alcançados são decorrentes dessas

Corte não voltou a declarar inconstitucionais as políticas do New Deal⁴⁰⁵, fortalecendo as políticas do Poder Executivo⁴⁰⁶ e do próprio New Deal⁴⁰⁷.

Conforme explica Moro, “A mudança de posicionamento não refletia apenas a pressão presidencial, mas também a evolução do pensamento jurídico desde a adoção da doutrina Lochner, bem como a crise do liberalismo econômico decorrente da depressão mundial que se seguiu à quebra da bolsa norte-americana de 1929.”⁴⁰⁸ Tanto é que em 1934, antes mesmo de o Presidente Roosevelt elaborar o projeto de lei para mudar a composição da Corte, Lochner havia sido superado no caso *Nebbia v. New York*⁴⁰⁹.

A posição da Corte na era Lochner era reflexo do entendimento de que o Estado era neutro e, por isso, deveria dar o mesmo tratamento para todas as classes sociais. Desse modo, se o Estado se inclinasse a resolver o problema de uma classe social, sua postura deveria ser repreendida pela Suprema Corte. O New Deal transforma essa visão liberal clássica e provoca uma “revolução constitucional” ao aceitar a intervenção do Estado na economia como uma medida necessária para

diferenças. Argumenta ainda que apesar das mudanças *substanciais* profundas, não houve na “...a transformação não envolveu a violação de princípios constitucionais. A Constituição Americana é um instrumento flexível, que permite grandes modificações ao longo do tempo. Ela não proíbe experiências e ajustes. Permite novos entendimentos sobre os direitos. Permite mudanças nos arranjos institucionais. Essa é a parte do seu gênio.” (SUNSTEIN, Cass. **The second bill of rights...**, p. 59).

⁴⁰⁵ SUNSTEIN, Cass. Idem, p. 54.

⁴⁰⁶ SUNSTEIN, Cass. Idem, p. 55.

⁴⁰⁷ Nos anos seguintes o New Deal é incrivelmente fortalecido. Em agosto de 1939, em meio à forte promoção do New Deal, surge a ideia de elaborar uma emenda à Primeira Emenda incluindo direitos sociais. A proposta é amadurecida e em março de 1943 Roosevelt envia ao Congresso um projeto que incorpora os direitos sociais à Primeira Emenda. No entanto, o projeto é rejeitado em razão de que naquele momento o Congresso tinha suas atenções voltadas exclusivamente à agenda internacional. (SUNSTEIN, Cass. Idem, p. 86-87). Em 1944, Roosevelt faz um discurso via rádio anunciando que o fim da Guerra se aproxima e que tão logo chegue a vitória o novo desafio será trabalhar na prevenção de outra tragédia. Para tanto, defende que a única maneira de estar livre do medo, seria conferir aos indivíduos de todo o mundo direitos sociais que lhes garantissem a liberdade. Assim, Roosevelt insiste que “para a paz é essencial que todos os indivíduos, homens, mulheres e crianças, de todas as nações, possuam um padrão decente de vida. A liberdade do medo está intrinsecamente ligada a liberdade de querer.” Para Sunstein esse discurso foi um dos mais importantes dos séc. XX e deixou clara a necessidade de uma *Second Bill of Rights* para os Estados Unidos e para o mundo. (Idem, p. 10-11). O discurso de Roosevelt reflete o sentimento generalizado no pós-guerra que conduz à constitucionalização de direitos sociais em diversas Constituições ao redor do mundo.

⁴⁰⁸ MORO, Sérgio. **Jurisdição Constitucional como Democracia...**, p. 32.

⁴⁰⁹ MORO, Sérgio. Idem, Ibidem.

a realização de certos fins sociais⁴¹⁰. Diante dessa nova concepção de Estado, a Corte reconhece a constitucionalidade de todas as normas que passem pelo *rational basis test*, isto é, que tenham um objetivo político razoável⁴¹¹.

É nesse contexto, em 1938, que foi proferida a decisão de *Carolene Products Co. v. USA*, na qual a famosa nota de rodapé 4 do Juiz Harlan Fisk Stone traçou as hipóteses em que a presunção de constitucionalidade deveria ser afastada. Em síntese, a nota advertia que sempre que a lei interferisse em um dos direitos fundamentais das dez primeiras emendas, que o processo legislativo não fosse perfeito e que fosse colocado em risco o interesse de minorias, a presunção de constitucionalidade da lei deveria ser vista com mais cuidado pela Corte, a qual deveria declarar inconstitucional a lei caso seus objetivos pudessem ser alcançados por meios menos gravoso. Assim, *Carolene* estabelece as condições para um “novo ativismo judicial”⁴¹²

Entre 1953-1969 a Suprema Corte passou pelo famoso período de presidência de Warren, o qual dá continuidade ao ativismo das décadas anteriores, mas se voltando à implementação de políticas públicas que visassem à garantia do direito à igualdade. Assim, a Corte Warren parte em defesa dos direitos civis e defende abertamente o ativismo judicial. Dentre seus principais julgados está *Brown v. Board of Education*, no qual a Corte declarou inconstitucional a segregação racial em escolas, enfrentando precedentes como *Plessy v. Ferguson*, que havia julgado constitucional a segregação nos transportes rodoviários com base na doutrina “separados, mas iguais”, e revertendo a concepção dos constituintes que ao mesmo tempo em que consagraram a igualdade na Décima quarta-emenda, também adotaram o regime de escolas segregadas para o Distrito de Columbia. A decisão de *Brown* foi muito além de declarar o direito dos negros de estudarem em escolas de crianças brancas, formulou uma verdadeira política de dessegregação que atingiu

⁴¹⁰ Vale destacar a interessante defesa feita por Sunstein acerca da constitucionalidade do New Deal: “A constituição não foi ofendida pelas iniciativas do New Deal voltadas à proteção dos trabalhadores contra as pressões do mercado. A mais grave inconstitucionalidade não veio da Administração de Roosevelt, mas das decisões da Suprema Corte proferidas entre o final do séc. XIX e início do séc. XX que declararam inconstitucionais as leis que concediam o mínimo de dignidade para as relações de trabalho, leis que limitaram indevidamente o espaço de liberdade do Congresso.” (SUNSTEIN, Cass. **The second bill of rights**..., p. 58).

⁴¹¹ MORO, Sérgio. **Jurisdição Constitucional como Democracia**..., p. 33-34.

⁴¹² MORO, Sérgio. *Idem*, p. 36. Essa decisão é fundamental para a teoria do *judicial review* de John Hart Ely, motivo pelo qual será analisada com mais detalhes quando da exposição dessa teoria no item 2.2.2.

milhares de estudantes e teve a presença constante da Suprema Corte durante a sua implementação, a qual, como já era de se esperar, não foi realizada de maneira pacífica, mas em meio a diversas controvérsias que exigiram inclusive a intervenção de tropas federais no Estado do Arkansas⁴¹³.

Em virtude da complexidade do caso, a Corte entendeu que uma postura passiva, deixando para o Poder Legislativo a formação de um juízo sobre a questão, não seria adequada, pois tanto as legislaturas estaduais do sul como o próprio Congresso não abriam espaço para o debate sobre o direito da minoria negra, estando assente a doutrina da segregação. Por isso, diante da ausência de força política da minoria para se expressar e lutar democraticamente pelos seus direitos fundamentais, caberia à Corte garanti-los. Não há dúvidas de que se trata de um excelente exemplo no qual o debate democrático majoritário não teria condições de decidir de forma imparcial sobre os direitos dessa minoria, sendo função da Corte uma postura ativa em prol dos seus direitos. Moro destaca que a partir de *Brown* a Corte passou a atuar ativamente no movimento de luta pelos direitos civis declarando inconstitucionais outras medidas segregacionistas, como a segregação em espaços públicos abertos e a proibição do casamento inter-racial em vigor em alguns estados⁴¹⁴.

Portanto, observa-se que nos Estados Unidos, o Poder Judiciário ganha um grande destaque durante o período do Estado de Bem-estar Social, de modo que o controle de constitucionalidade feito pela Suprema Corte é determinante na implementação de certas políticas públicas pretendidas pelo Poder Legislativo e Executivo. No entanto, mesmo nos Estados Unidos, o Poder Judiciário encontrou diversas barreiras para a expansão da sua atividade. Argumentos como a legitimidade democrática do Poder Judiciário, a formação conservadora dos juízes (que supostamente os tornavam pouco sensíveis às primeiras demandas sociais), a distância entre o Poder Judiciário e a população, a morosidade e o elevado custo

⁴¹³ Conforme relata Moro, a decisão foi fundamentada nos seguintes argumentos “a) proteção de grupo social e politicamente vulnerável, invocando a referida nota 4 de Carolene; b) interpretação evolutiva da Constituição, colocando em dificuldade doutrinas como o originalismo; então com algum prestígio nos Estados Unidos e segundo a qual a interpretação da Constituição deve ser orientada pela intenção de seus autores; c) a utilização de recursos oferecidos por ciências não-jurídicas, conforme estudos psicológicos mencionados na decisão; d) ordenação da postura ativa por parte do Estado para o cumprimento da Constituição.” (MORO, Sérgio. **Jurisdição Constitucional como Democracia...**, p. 38-42).

⁴¹⁴ MORO, Sérgio. Idem, p. 43.

dos procedimentos judiciais tornavam os Tribunais impopulares e levaram a instituição de *agencies* investidas de competências regulatórias para os problemas socioeconômicos e também de competências quase jurisdicionais, como a adoção de procedimentos mais sensíveis às políticas do *welfare state* e mais rápidos e baratos que os dos tribunais ordinários⁴¹⁵.

1.4.4 A jurisdição constitucional no Estado Bem-estar Social brasileiro

O Estado de Bem-estar Social brasileiro confunde-se com o Estado Liberal, ou seja, o liberalismo consolida-se no Brasil simultaneamente com a instituição do Estado de Bem-estar Social⁴¹⁶. Essas profundas transformações da sociedade brasileira iniciam-se apenas na década de 30 e consagram-se na Constituição de 1934. Até então vigorava no Brasil uma democracia capenga, com voto censitário e aberto e com uma política democrática absolutamente dominada pelas elites de Minas Gerais e São Paulo através da prática da famosa política café com leite. Os direitos individuais, embora proclamados formalmente, não obtinham materialidade alguma. Liberdade era privilégio de uma pequena elite alfabetizada. Ainda, apesar da abolição da escravatura, a condição subalterna de dependência dos negros não mudou; em nome da sobrevivência, muitos continuaram aprisionados em sua própria liberdade.

É somente no início da década de 1930 que começam as pressões populares por um novo modelo de sociedade verdadeiramente democrática e com a garantia de direitos fundamentais. Em 1932 eclode a Revolução Constitucionalista no Estado de São Paulo com o objetivo de derrubar o Governo Provisório de Getúlio Vargas e promulgar uma nova Constituição que contemplasse o sufrágio universal, o

⁴¹⁵ BAUM, Laurence. **A Suprema Corte Americana...**, p. 43.

⁴¹⁶ É preciso destacar que a confusão entre Estado Social e Estado Liberal no Brasil refere-se a um curto período, uma vez que durante a ditadura Vargas a queda de pilares fundamentais do Estado de Direito, afasta os pleitos liberais de cena, mantendo-se em vigência um Estado Social sem Estado de Direito. Para uma análise mais minuciosa desse Estado Social brasileiro e sua relação com o liberalismo, a democracia e o Estado de Direito, confira-se BONAVIDES, Paulo. **Getúlio Vargas e o Estado Social das Ditaduras**. In: Revista de Direito do Estado, Ano 1, nº. 02. Rio de Janeiro: Renovar, abr./jun., 2006, p. 71-82.

voto secreto e a garantia de direitos de liberdade e direitos sociais⁴¹⁷. A Revolução foi sufocada, mas em 1934 os seus pleitos são atendidos com a convocação de uma Assembleia Constituinte por Getúlio Vargas.

Assim, a Constituição de 1934 é promulgada trazendo traços de uma democracia liberal e com forte inspiração na Constituição de Weimar de 1919. Para a democracia, os avanços foram muitos: consolidou-se o sufrágio universal, constitucionalizou-se o voto das mulheres – que havia sido permitido pelo Código Eleitoral de 1932 –, garantiu-se o voto secreto e institui-se a Justiça Eleitoral. Para o constitucionalismo, o avanço de maior destaque foi no campo dos direitos sociais, surgindo a previdência social e a garantia de direitos trabalhistas, posteriormente regulamentados pela CLT. O Estado também se transforma, passando a desempenhar um papel intervencionista com a criação de empresas públicas e a prestação de serviços públicos. Como em todos os Estados de Bem-estar Social, o destaque fica para o Poder Executivo, o que, todavia, no caso do Brasil, não era uma novidade.

A jurisdição constitucional também sofre alterações. Manteve-se o controle difuso, mas com importantes modificações. O art. 179 da Constituição de 1934 introduziu o *quorum* de maioria absoluta dos membros dos tribunais para decisões sobre a inconstitucionalidade de lei ou de ato do Poder Público. Mas, foi o art. 91, inc. IV que trouxe a mais importante modificação para o controle de constitucionalidade ao tentar corrigir os danos provocados pela ausência de um instrumento como o *stare decisis*. O referido dispositivo constitucional abriu a possibilidade para o Senado suspender a execução de qualquer lei ou ato declarado inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal (STF). Na prática, vislumbrava-se um caminho para a concessão de efeitos *erga omnes* às decisões do STF.

Ainda no que tange ao controle de constitucionalidade, a Carta de 1934 foi responsável pela instituição da primeira ação de controle de constitucionalidade concentrado. A Ação Interventiva, prevista no art. 12, inc. V, permitia a intervenção

⁴¹⁷ O perigo da manipulação dos fatos e principalmente dos fatos históricos é revelado pela Revolução Constitucionalista de 1932. Ciente dos reais objetivos da Revolução e dos prejuízos políticos que poderiam lhe causar, Getúlio Vargas propaga para todo o país uma nova versão da Revolução Constitucionalista. De acordo com o presidente, os paulistas lutavam em prol da separação do Estado de São Paulo do restante do Brasil. Propositalmente ou por ingenuidade, uma das maiores Revoluções da história brasileira não ficou conhecida como um movimento de luta pela democracia e pela liberdade, mas como um movimento separatista prejudicial ao Estado brasileiro.

da União nos Estados para observância dos princípios constitucionais sensíveis (art. 7º, I, a - h) e para a execução de leis federais. A intervenção seria feita por lei federal (art. 12, §1º) que teria sua eficácia condicionada à declaração de constitucionalidade pelo STF (art. 12 § 2º)⁴¹⁸.

A Constituição de 1934 é indicada por alguns historiadores como uma constituição típica do Estado de Bem-estar Social. Contudo não demorou muito para que a Constituição elaborada por uma constituinte eleita democraticamente e com o intuito de realizar ajustes sociais através da intervenção estatal fosse substituída por uma Constituição outorgada que tinha como fonte de inspiração os movimentos de extrema direita europeia, os quais extinguíam os partidos, reforçavam os poderes do Executivo e instituíam uma forte burocracia central.

A Constituição de 1937 marcou o início do Estado Novo e período autoritário regido pelo Presidente Getúlio Vargas⁴¹⁹. Seu teor foi praticamente idêntico ao da Constituição de 1891, acrescentando apenas a exigência de maioria absoluta para a declaração de inconstitucionalidade em tribunais, já prevista pela Constituição de 1934. A Carta pretendia neutralizar os poderes do Judiciário, para tanto contou com o art. 96, § único, o qual autorizava o Presidente da República a submeter ao Parlamento a lei declarada inconstitucional pelo STF e, assim, se o Parlamento se posicionasse pela constitucionalidade da lei, restaria sem efeito a decisão do Supremo⁴²⁰.

A Constituição de 1946 retomou a tradição democrática e o controle de constitucionalidade judicial, não repetindo o art. 96 da Constituição anterior e com isso preservando o poder do Judiciário para dar a última palavra sobre as questões constitucionais. Ao Supremo foi conferida, além de competências originárias, a competência para julgar os recursos extraordinários (art. 101, inc. II). Ao Senado conferiu-se novamente a competência estabelecida na Constituição de 1934 para a execução, no todo ou em parte, de leis e decretos declarados inconstitucionais,

⁴¹⁸ VELOSO, Zeno. **Controle Jurisdicional de Constitucionalidade**. 3. ed. Belo Horizonte: Del Rey. 2003, p. 31.

⁴¹⁹ Ao referir-se à Constituição de 1937, Clève recorre de modo muito oportuno à classificação de Karl Loewenstein. Assim, anota o autor que a Constituição de 1937 era uma Constituição *semântica*, pois “tinha por função legitimar o golpe perpetrado pelo ditador. (**A Fiscalização Abstrata da Constitucionalidade no Direito Brasileiro...**, p. 85-86).

⁴²⁰ BITTENCOURT, Carlos Alberto Lúcio. **O controle judicial de constitucionalidade brasileiro...**, p. 139-140.

ressaltando-se que a decisão de inconstitucionalidade para esse caso precisaria ser decisão definitiva do STF.

A ação de representação interventiva foi reinstituída, porém com algumas alterações. Enquanto em 1934 só era possível executar a intervenção se houvesse lei interventiva aprovada pelo Senado e declarada constitucional STF mediante iniciativa do Procurador-Geral da República, o qual, por sua vez agiria de ofício ou por ordem do Presidente da República, a quem era subordinado, na Constituição de 1946, o Procurador-Geral da República poderia ingressar com a Ação Interventiva em virtude de petição de terceiro interessado para argüir a inconstitucionalidade de um ato, sobre o qual deveria se posicionar a favor ou contra. Se o ato impugnado fosse declarado inconstitucional, poderia o Congresso Nacional suspender a sua execução. Somente se essa suspensão não fosse suficiente para restituir o estado de normalidade é que o Executivo poderia efetivar a intervenção.

Apenas com a Emenda Constitucional nº. 16 de 26 de novembro de 1965, em pleno regime de ditadura militar e, portanto, absolutamente descomprometido com a democracia, o controle abstrato entrou para o sistema brasileiro autorizando o controle de constitucionalidade das normas federais e estaduais.

A Carta de 1967 e a Emenda Constitucional nº. 01/69 mantiveram os dois modelos de controle, permanecendo a competência para o controle abstrato como monopólio do Procurador Geral da República, quem possuía competência discricionária para ingressar com a demanda, restringindo o acesso das autoridades públicas e da sociedade civil à tutela jurisdicional do STF. Vale lembrar que de acordo com a legislação da época, o Procurador Geral da República era nomeado pelo Presidente, uma vez que tinha função dúplice: era chefe do Ministério Público Federal e representante judicial da União Federal. Essa dupla função, que colocava o Procurador da República em posição de submissão em relação ao Poder Executivo, explica porque as ações de controle de constitucionalidade abstrato foram usadas de forma tão precária e insuficiente.

Como explica Gustavo Binenbjom, o controle de constitucionalidade abstrato não ingressou no ordenamento jurídico brasileiro como um instrumento de tutela dos direitos fundamentais e da democracia. E diferente não poderia ser, em plena ditadura militar, o controle de constitucionalidade abstrato só poderia ter a função de resolver questões de Estado, sendo um “Um caso exemplar e

emblemático de *sociedade fechada dos intérpretes da Constituição*, na qual o cidadão é conduzido à condição de mero expectador passivo das interpretações ditadas pelos tradutores oficiais da vontade constitucional.”⁴²¹

Portanto, o Estado de Bem-estar Social no Brasil confunde-se ora com um governo democrático que visa ao fortalecimento dos ideais constitucionalistas através da instituição de novos direitos e com o fortalecimento da jurisdição constitucional, ora com um governo autoritário, que viola todas as premissas do constitucionalismo, mas, paradoxalmente, fortalece a jurisdição constitucional, utilizando-a a seu favor.

1.5 A jurisdição constitucional no Estado Democrático de Direito: pressupostos para a sua análise

O modelo de Estado de Bem-estar Social que se consolidou nas primeiras décadas do séc. XX provocou significativas mudanças na relação entre Estado e sociedade: reconheceu-se a insuficiência da igualdade formal, ampliou-se a esfera de direitos dos cidadãos, substituiu-se a postura de abstenção do Estado por uma postura de intervenção e a democracia aristocrata cedeu espaço para o sufrágio universal. Contudo, o progresso no sentido na construção de uma sociedade democrática e preocupada com a realização dos direitos fundamentais individuais e sociais foi como um sonho. A assunção de um Estado-Administrador, dando grande ênfase aos trabalhos do Poder Executivo, e a instituição de jurisdições constitucionais destinadas, essencialmente, à tutela da distribuição de competências do Estado, não tinham a pretensão de destituir de seu trono o Estado Legislador. Assim, em que pese os esforços de Kelsen para retirar a centralidade da lei do ordenamento jurídico, permanecia a identidade da lei – como produto do legislador

⁴²¹ BINENBOJM, Gustavo. **A nova jurisdição constitucional brasileira...**, p. 128. Nesse sentido, é interessante a observação de Álvaro Ricardo de Souza Cruz de que “... também o controle abstrato de constitucionalidade das leis nasceu no Brasil sob o signo dos interesses governamentais, posto que o mesmo ocorrera em 1891, na via difusa, por receio de suporte parlamentar a qualquer movimentação dos monarquistas, ou seja, por detrás do discurso de fortalecimento do Supremo, o regime militar acrescia ao Ordenamento Jurídico um instrumento castrador do Parlamento federal. Assim, o controle de constitucionalidade, concebido como mecanismo de guarda da Constituição e dos direitos fundamentais, surge no Brasil, sob todas as suas formas como instrumento de repressão do Estado.” (**Jurisdição Constitucional Democrática...**, p. 296-297).

democraticamente eleito – com o direito e a com a justiça⁴²². O império da lei não cedeu, pelo contrário, transformou-se no pesadelo dos regimes totalitário como a *cereja no topo do bolo*⁴²³ de uma longa concepção legalista.

Apenas o trágico episódio dos totalitarismos é que foi capaz de dar um golpe fatal na confiança absoluta no Estado Legislativo e na crença da lei como consenso jurídico permanente que era nutrida desde o séc. XVIII em solo europeu, passando a significar risco de absolutismo e totalitarismo. Enfim, percebeu-se que tanto uma *democracia* sem as garantias do *constitucionalismo*, isto é, com a concentração de poderes e ausência mecanismos de defesa dos direitos fundamentais, quanto o *constitucionalismo* sem a *democracia* podem resultar em verdadeiras catástrofes humanitárias. Restou comprovado que uma democracia sem a garantia dos direitos fundamentais não é uma democracia, e que os direitos fundamentais só estão protegidos em regimes verdadeiramente democráticos, de modo que a interdependência entre ambos é a única forma de realizá-los⁴²⁴. Por isso, a reorganização dos Estados em sociedades marcadas por um forte pluralismo étnico e cultural só poderia se dar por meio da reunião dos pressupostos da democracia com as garantias do constitucionalismo⁴²⁵, portanto, com a união do pensamento de Locke e Rousseau. Assim, o Estado pós-1945 nasce sob um novo paradigma marcado pelo reconhecimento da imprescindibilidade da união desses

⁴²² ZAGREBELSKY, Gustavo. **El derecho dúcil...**, p. 47 e ss.

⁴²³ A expressão é utilizada por António Manuel Hespanha em **O Caleidoscópio do Direito O Direito e a Justiça nos Dias de Hoje**. Coimbra: Almedina, 2008, p. 21.

⁴²⁴ Nesse sentido, Norberto Bobbio afirma que existe uma imbricação inevitável entre liberalismo e democracia nos Estados Contemporâneos. Não se pode falar mais em Estados Liberais que não sejam democráticos e democracias que não sejam liberais. Isso porque a democracia hoje só funciona com a proteção dos direitos fundamentais que estão na base do Estado Liberal, e o Estado Liberal só obtém a devida tutela desses direitos, se for um Estado democrático. (**Democracia e Liberalismo...** p. 43). Contudo, é preciso observar que o liberalismo acolhido pelo Estado Democrático de Direito não é exatamente o mesmo liberalismo do Estado Liberal. Como ensina Pablo Verdú, o Estado Liberal não é a única forma de realização concreta do liberalismo. É preciso distinguir Estado Liberal como acontecimento histórico do liberalismo como filosofia política. O liberalismo contemporâneo tem olhares críticos para o liberalismo clássico, especialmente no que diz respeito ao individualismo, a abstenção e indiferença do Estado, a hegemonia da burguesia e a soberania do parlamento, restando como pontos positivos os direitos fundamentais, a limitação de poder e o pluralismo sociopolítico. Somente nessas condições se pode falar em um liberalismo “vivo e atual”. (VERDÚ, Pablo Lucas. **Curso de Derecho Político...**, p. 228).

⁴²⁵ Nesse sentido cf. NETTO DE CARVALHO, Menelick. Entrevista. In: **Revista do Tribunal de Contas do Estado de Minas Gerais**. Ano 07. Disponível em: www.tce.mg.gov.br/revista. Acesso em: 02.jun.2008.

ideais: o Estado Democrático de Direito⁴²⁶; considerado um verdadeiro *plus* normativo⁴²⁷ em relação às outras concepções de Estado, uma vez que busca reunir o que há de melhor da experiência de mais de duzentos anos de Estado Moderno.

No entanto, o compromisso assumido pelas democracias constitucionais do pós-guerra é um compromisso paradoxal⁴²⁸, marcado pela tensão permanente e insolúvel dos seus núcleos vitais⁴²⁹. Por um lado, compromete-se com a *democracia* como um regime fundado na soberania popular absoluta, como o ideal do governo do povo (ilimitado), em que a liberdade só é obtida por meio da *autonomia pública*, por meio da participação nas deliberações e decisões públicas. Por outro lado, compromete-se com o *constitucionalismo* como ideal de governo limitado pela descentralização do poder e comprometido com a tutela jurisdicional dos direitos

⁴²⁶ A referência ao Estado Democrático de Direito muitas vezes é feita com a nomenclatura de *Estado Constitucional*. Como explica Canotilho, o Estado Constitucional, influenciado pelo constitucionalismo moderno, para caracterizar-se como tal deve ser um Estado de Direito e um Estado Democrático. Assim, o Estado Constitucional busca estabelecer uma conexão entre democracia e direito: “O Estado constitucional é ‘mais’ que do que Estado de direito. O elemento democrático não foi apenas introduzido para ‘travar’ o poder (*to check the power*); foi também reclamado pela necessidade de *legitimação* do mesmo poder (*to legitimize State power*)”. (**Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7ª Ed. Coimbra: Almedina, 2003 p. 93). Neste trabalho, opta-se por não utilizar a nomenclatura de Estado Constitucional porque esta expressão não enfatiza adequadamente a perspectiva democrática. Como lembra Karl Loewenstein a história possui exemplos de Estados Constitucionais que não eram democráticos, mas verdadeiras autocracias. (**Teoría de la Constitución**. Tradução: Alfredo Gallego Anabitarte. 2ª. ed. Barcelona: Ariel, 1976, p. 89-91).

⁴²⁷ STRECK, Lênio Luiz. Decisionismo e Discrecionalidade Judicial em Tempos Pós-Positivistas: o solipsismo hermenêutico e os obstáculos à concretização da Constituição no Brasil. In: **O Direito e o Futuro O Futuro do Direito**. NUNES, Antônio Avelãs; COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. (Coord.) Coimbra: Almedina, 2008, p. 110.

⁴²⁸ Habermas defende que não há um paradoxo entre constitucionalismo e democracia, para o autor direitos fundamentais e soberania popular são princípios co-originaários, não sendo possível um sem o outro. “Ambos os conceitos são interdependentes, uma vez que se encontram em uma relação de implicação material.” Ou seja, o exercício da autonomia pública depende da garantia do pleno gozo da autonomia privada, por outro lado o exercício pleno e simétrico entre os cidadãos da autonomia privada depende do uso da autonomia pública. (O Estado Democrático de Direito: uma amarração paradoxal de princípios contraditórios? In: **Era das Transições**. Tradução: Flavio Beno Seibeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003, p. 155).

⁴²⁹ Vera Karam de Chueiri fala da impossibilidade de um “constitucionalismo apaziguado” para destacar a permanente tensão que está nas bases de um constitucionalismo democrático. (O Discurso do Constitucionalismo: governo das leis *versus* governo do povo. In: **Direito e Discursos Discursos do Direito**. Ricardo Marcelo Fonseca (org). Florianópolis: Fundação Boiteux, 2006, p. 161 p. 161-171). Ressalta-se que quando se afirma que a tensão entre democracia e constitucionalismo é insolúvel, pretende-se indicar que tanto democracia como constitucionalismo só se realizam a partir da tensão entre ambos. Constitucionalismo e democracia limitam-se mutuamente para viabilizarem-se. Portanto, reconhecer uma permanente tensão não é afirmar a impossibilidade de uma leitura conciliadora entre os ideais. Gianluigi Palombella, por exemplo, defende a compatibilidade entre constitucionalismo e democracia sem socorrer-se de uma teoria complexa, mas a partir do reconhecimento que a liberdade e a igualdade são condições para o debate democrático tuteladas pela Constituição e de que os direitos fundamentais são “*salva-guardas* das democracias, não sua limitação”. (**Constitución y Soberanía**. El sentido de la democracia constitucional. Granada: Comares Editorial, 2000. p. 9).

fundamentais, como um mecanismo de proteção da *autonomia privada* do cidadão. Ou seja, enquanto a democracia almeja um governo pautado pela soberania popular, o constitucionalismo visa justamente limitar o poder soberano, mesmo sendo ele exercido pelo povo. Assim, o Estado Democrático de Direito, compromete-se com um governo do povo, mas um governo do povo limitado, protegendo autonomia pública e privada como condições fundamentais para a garantia da igualdade e da liberdade⁴³⁰.

Desse modo, os Estados Democráticos de Direito caracterizam-se por viverem em um movimento permanente de oscilação entre a tradição democrática da abertura e a prática jurídica do fechamento⁴³¹. Isto é, ao passo que a democracia representa o polo da abertura e do dissenso viabiliza o exercício da cidadania através de amplos debates públicos; o constitucionalismo é polo do fechamento e do consenso, garantindo a estabilidade necessária para o convívio do pluralismo e a manutenção da paz social. Contudo, em democracias constitucionais, o momento do fechamento está sempre sujeito à abertura, e a abertura sempre exigirá fechamento. Assim, a decisão constitucional está sempre sujeita à revisão pelo debate democrático, que deverá produzir necessariamente uma nova decisão, de modo a formar um ciclo dinâmico que caracteriza esse regime de governo⁴³².

Esse duplo compromisso, que aponta para sentidos opostos, suscita uma série de inquietações, de modo que grande parte dos problemas estudados pela filosofia política e pelo direito constitucional contemporâneos decorrem da

⁴³⁰ Canotilho explica que a liberdade no Estado Democrático de Direito pode ser vista por duas perspectivas: “No Estado de Direito concebe-se a liberdade como *liberdade negativa*, ou seja, uma “liberdade de defesa” ou de ‘distânciação’ perante o Estado. É uma *liberdade liberal* que “curva” o poder. No Estado democrático estaria inerente à *liberdade positiva*, isto é, a liberdade assente no exercício democrático do poder. É a *liberdade democrática* que legitima o poder. (...) O coração da balança, portanto, entre a vontade do povo e o *rule of law*.” (**Direito Constitucional e Teoria da Constituição...** p. 99)

⁴³¹ CHUEIRI, Vera Karan de. Constituição Brasileira de 1988: entre constitucionalismo e democracia. In: **Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica** vol. 1 n. 6. Porto Alegre: Instituto de Hermenêutica Jurídica, 2008, p. 414.

⁴³² Nesse sentido Katya Kozicki ensina que “... tanto a prática da política democrática quanto a aplicação do direito dentro das sociedades democráticas, vão estar sempre significadas pela paradoxal busca, em simultâneo, de abertura e fechamento. O direito pode e deve servir como instrumento de fechamento, mas a sua realidade interna não permite que esse fechamento seja inquestionável ou permanente. (A interpretação do direito e a possibilidade de justiça em Jacques Derrida. In: **Crítica da modernidade: diálogos com o direito**. FONSECA, Ricardo Marcelo Fonseca. (org). Florianópolis: Fundação Boiteux, 2005, 131.)

contradição interna do Estado Democrático de Direito⁴³³. O caso da jurisdição constitucional não é diferente. Como se procurou demonstrar desde o início deste trabalho, o papel assumido pela jurisdição constitucional no Estado Moderno está intrinsecamente vinculado ao modo de compreensão e interação dos ideais democráticos e constitucionalistas. Ora a jurisdição constitucional é vista como uma barreira às decisões democráticas, ora é vista como um mecanismo de proteção do constitucionalismo. Assim, no paradigma do Estado Democrático de Direito, em que o compromisso entre esses ideais em tensão é assumido de forma explícita, o papel da jurisdição constitucional também sobre transformações. Por isso, entende-se que uma compreensão adequada de como devem se posicionar as jurisdições constitucionais nas democracias contemporâneas – em especial como deve ser o papel da jurisdição constitucional no contexto brasileiro – depende de uma pré-compreensão mínima do significado assumido pelo constitucionalismo e pela democracia depois da traumática experiência da Segunda Guerra. Portanto, na

⁴³³ Uma das questões que gera maior inquietação em filósofos e constitucionalistas é o chamado *paradoxo da democracia* formulado por Jon Elster: como pode em uma sociedade democrática uma geração tornar-se refém das decisões constitucionais de gerações anteriores? Ou seja, o que justifica que a sociedade contemporânea deva obedecer às decisões tomadas por constituintes que viveram em outro contexto histórico? Para responder a essa questão, Elster socorre-se da famosa metáfora de *Ulisses e as sereias* – passagem da obra *Odisséia* escrita por Homero. Em breve síntese: Ulisses é o capitão de uma embarcação que está viajando de volta para casa. Sua viagem é repleta de desafios. Um deles é resistir ao sedutor canto das sereias que leva as embarcações ao naufrágio. Para não ser seduzido, Ulisses ordena que seus marinheiros tapem os ouvidos com cera e o amarrem no mastro do navio, de modo que ninguém pudesse sucumbir ao canto das sereias e a embarcação seguisse o seu rumo. Com essas atitudes, Ulisses perde parcela de sua liberdade em nome da continuidade segura de sua viagem. Transportada a metáfora para o direito constitucional, a constituição é o mastro que amarra a sociedade para que em momentos de paixão e irracionalidade as maiorias não decidam pela extinção dos direitos mais fundamentais da sociedade. Assim, a constituição amarra a sociedade, tal como Ulisses é amarrado no mastro, para que não sejam tomadas decisões precipitadas e inconvenientes para a sua estabilidade. (**Ulysses and the sirens: studies in rationality and irrationality**. Cambridge: Cambridge University Press, 1993). Contudo, permanece a questão: até que ponto a Constituição pode vincular as decisões das gerações futuras? Como explica Gargarella, o problema do vínculo imposto pela Constituição é antes o limite de sua extensão do que a sua própria existência. Segundo o autor, para os democratas não há problemas na imposição de limites constitucionais, o problema está antes da imposição de limites que querem ser perpétuos. Ainda, destaca o autor, que a vinculação de uma sociedade é bem mais complexa do que a de uma única pessoa, lembrando que a sociedade presente não tem a liberdade de escolha que Ulisses teve, ela está amarrada porque assim decidiram as gerações anteriores. (**Teoría y Crítica del Derecho Constitucional**. Tomo I. Buenos Aires: Abeledo Perro, 2008, p. 31). Outra interpretação da metáfora de Ulisses que merece destaque é feita por Stephen Holmes. De acordo com o autor as restrições constitucionais, assim como o mastro em que Ulisses foi atado, não são obstáculos para as instituições, mas meios que garantem que a sociedade (e Ulisses) alcancem seus objetivos, possuindo, portanto, um lado positivo. (El Precompromiso y la Paradoja de la Democracia. In: **Constitucionalismo y Democracia**. Elster, Jon; Slagstad, Rune. Tradução: Mônica Utrilla de Neira. México: Fondo de Cultura Económica, 1999, p. 248-249) Outras críticas e reflexões sobre a metáfora de Ulisses e as sereias, cf., em especial, VILHENA, Oscar Viera. **A Constituição e sua reserva de justiça...**, p. 19 e ss. e BAYON, Juan Carlos. *Derecho, Democracia y Constitución*. Miguel Carbonell (ed.). Madrid: Trotta, 2003, p. 224.

seqüência o objetivo é traçar as características gerais do constitucionalismo contemporâneo e indicar as concepções de *constituição* e de *democracia* nas quais se apoia este trabalho.

1.5.1 A constituição como um processo em permanente reconstrução mediante a interpretação pública

Os problemas provocados pelos legalismo-positivista conduziram a modificações substanciais na ideia de constitucionalismo nos últimos sessenta anos, ou seja, a partir do fim da Segunda Guerra Mundial⁴³⁴. Em sua essência, o constitucionalismo continua a ser o ideal de um governo limitado pela separação de poderes e pela garantia dos direitos fundamentais, tal como no Estado Liberal e no Estado de Bem-estar Social. Contudo, o constitucionalismo do Estado Democrático de Direito passa por transformações de extrema relevância, chegando ao ponto de a doutrina defender a existência de um *neoconstitucionalismo*.

No entanto, a ideia de *neoconstitucionalismo* deve ser vista com cuidado. Primeiro, porque o *neoconstitucionalismo* não possui um significado único, sendo freqüente a referência à existência de vários *neoconstitucionalismo(s)*. Dworkin, Alexy, Nino e Zagrebelsky, por exemplo, possuem diferentes perspectivas de análise da constituição, de maneira que se poderia objetar que não é conveniente reunir sob o mesmo manto autores tão diversos⁴³⁵. Ainda, há divergência quanto à existência

⁴³⁴ CARBONELL, Miguel. Nuevos Tiempos para el Constitucionalismo. In: **Neoconstitucionalismo(s)**. Miguel Carbonell (ed.). Madrid: Trotta, 2003, p. 9. Em um artigo intitulado *The Rise of Worl Constitutionalism*, Ackerman chama a atenção para o crescimento do constitucionalismo na segunda metade do séc. XX e destaca que a ideia de constituição norte-americana nada influenciou as paradigmáticas Constituições Européias do pós-guerra. Ressalta ainda que nos últimos sessenta anos o importante crescimento do constitucionalismo em países europeus e asiáticos deve estimular constitucionalistas norte-americanos a realizar estudos de direito comparado, especialmente no que tange ao papel desempenhado pelos Tribunais Constitucionais. Nesse sentido, adverte que um estudo mais apurado poderá comprovar (i) que muitos Tribunais que se autodenominam “Cortes Constitucionais”, na prática, não atuam como tais, de modo que o nome de “Corte Constitucional” tornou-se apenas uma “etiqueta”; e (ii) que embora a relevância de *Marbury v. Madison* para o constitucionalismo norte-americano, as intervenções das novas Cortes Constitucionais – especialmente da Corte Alemã a partir da sentença *Lüth* – demonstraram desde cedo uma postura muito mais ativa e comprometida com a efetividade dos princípios constitucionais se comparada com o papel da Suprema Corte nos primórdios do *judicial review*. (ACKERMAN, Bruce. *The Rise of Worl Constitutionalism*. **Yale Law School Occasional Paper** nº. 4, 1996. Disponível em: www.lsr.nellco.org/yale/ylosop/papers/4. Acesso em 04, abril.2009).

⁴³⁵ PAZZOLO, Susanna. Un constitucionalismo ambíguo. In: **Neoconstitucionalismo(s)**. Miguel Carbonell (ed.). Madrid: Trotta, 2003, p. 188.

de uma caracterização específica da doutrina *neoconstitucional*. Para alguns o neoconstitucionalismo é uma mera continuação do constitucionalismo, uma vez que permanece calcado na ideia de limitação do poder e na garantia de direitos, ou seja, ambos possuem o mesmo objeto de estudo, sobre o qual se empregam apenas metodologias diferenciadas. Para outros, o *neoconstitucionalismo* trabalha com um novo objeto de investigação, isto é, com uma constituição que se caracteriza por normas de estrutura aberta que incorporam valores, razão pela qual se faz necessário um novo método de estudo e deve-se reconhecer uma diferença qualitativa do *neoconstitucionalismo* em relação ao constitucionalismo⁴³⁶. Além disso, é preciso estar atento para o fato de que o (s) *neoconstitucionalismo(s)* pode(m) ter foco de atenção em duas questões que estão separadas: nos elementos que caracterizam o Estado Democrático de Direito e na formulação de uma nova Teoria do Direito adequada para esse novo paradigma de Estado⁴³⁷. Ainda, o *neoconstitucionalismo* pode ser considerado uma nova ideologia⁴³⁸.

Diante das divergências sobre a existência do *neoconstitucionalismo*, pode-se concluir apenas que este não é um modelo consolidado, pronto e acabado, sua aplicação na prática jurídica e suas possibilidades teóricas ainda estão em

⁴³⁶ COMANDUCCI, Paolo. Formas de (neo)constitucionalismo: un análisis metateórico..., p. 83). Como bem esclarece Vera Karam de Chueire, na realidade, “O que se quer dizer é que o constitucionalismo contemporâneo, se por um lado ampliou as possibilidades para melhor lidarmos com o problemático vínculo entre o direito, a ética e a política, por outro tem experimentado uma (interessante) crise, a qual é constitutiva (e daí nenhum pouco nova) do próprio constitucionalismo e, desde então, presente nas constituições e nos estudos destas, ainda que o positivismo jurídico tenha, ao longo do século vinte, tentado negá-la, através da crença em um sistema jurídico-constitucional fechado, autorreferente, refratário às questões substantivas da políticas, da ética e da moral.” (O Discurso do Constitucionalismo: governo das leis *versus* governo do povo..., p. 162) Ou seja, aproximação do direito com a moral através de normas de textura aberta não pode ser indicada como uma característica própria do constitucionalismo contemporâneo, que apenas retomou um vínculo que o positivo tentou negar como quem tapa o sol com a peneira.

⁴³⁷ CARBONELL, Miguel. Nuevos Tiempos para el Constitucionalismo..., p. 9-10.

⁴³⁸ Como ideologia, o neoconstitucionalismo apresenta diferentes perspectivas. Pode ser entendido como uma *filosofia política* que justifica e defende o Estado constitucional de Direito como a melhor forma de organização política. Nesse sentido, o neoconstitucionalismo esbarra na objeção democrática ao defender a restrição da esfera pública – e do Poder Legislativo – por meio de uma Constituição, ou seja, ao defender que a Constituição deve e pode prevalecer sobre a decisão das maiorias democráticas. Ainda, o neoconstitucionalismo pode ser visto como uma ideologia que defende que o melhor modelo de Estado de Direito é aquele em que existe uma vinculação entre o Direito e a moral capaz de tornar o direito obrigatório. Por fim, o neoconstitucionalismo ainda pode ser entendido como uma ideologia que a partir da defesa do vínculo entre o direito e a moral conduz a uma atitude interpretativa, a uma ciência e a uma teoria do direito que adotam o ponto de vista interno de um jurista comprometido, uma visão crítica e não apenas descritiva da ciência e da teoria do direito. Nessa linha estão Dworkin, Alexy, Habermas, Nino, Zagrebelsky e Ferrajoli (SANCHÍS, Luis Prieto. Neoconstitucionalismo y ponderación judicial. In: **Neoconstitucionalismo(s)**. Miguel Carbonell (ed.). Madrid: Trotta, 2003, p. 124).

desenvolvimento⁴³⁹, sendo precipitada qualquer definição precisa e exata. Assim, trabalha-se com a ideia de *neoconstitucionalismo*, ou constitucionalismo contemporâneo, apenas na medida em que esta doutrina está voltada ao estudo dos aspectos da cultura jurídica contemporânea. Ou seja, a reunião de diversas doutrinas sob o signo do *neoconstitucionalismo* é válida somente na medida em que todas criticam o positivismo jurídico pela sua insuficiência perante as sociedades contemporâneas e porque todas têm como ponto de partida as transformações ocorridas na passagem do Estado Legislativo para o Estado Democrático de Direito, de modo que, diante dos ordenamentos ocidentais dotados de constituições democráticas, não é possível que se continue a empregar as metodologias jurídicas do Estado Legislativo do séc. XIX⁴⁴⁰.

Portanto, em que pese as controvérsias que giram em torno da expressão *neoconstitucionalismo*, o estudo da doutrina que se insere nessa perspectiva possibilita traçar as principais mutações sofridas pelo *constitucionalismo* na passagem para o Estado Democrático de Direito e vislumbrar as possibilidades, problemas e dilemas que são e serão enfrentados pelo constitucionalismo do séc. XXI. Todavia, tendo em vista a multiplicidade de objetos de estudo agrupados pelos *neoconstitucionalismo(s)*, apresentar-se-ão apenas os contornos do *constitucionalismo* do Estado Democrático de Direito que são estritamente necessários para o desenvolvimento do raciocínio deste trabalho, destacando-se: a consagração da supremacia formal e material da Constituição, a garantia jurisdicional dos direitos fundamentais, a nova postura do juiz diante da estrutura aberta das normas constitucionais e a conseqüente transformação das fontes do direito⁴⁴¹.

A primeira transformação do constitucionalismo contemporâneo que merece destaque é considerada por Luigi Ferrajoli a segunda grande ruptura da história do direito moderno: a subordinação da lei à constituição⁴⁴². A lei passa a exprimir um

⁴³⁹ CARBONELL, Miguel. Nuevos Tiempos para el Constitucionalismo..., p. 11.

⁴⁴⁰ PAZZOLO, Susanna. Un constitucionalismo ambíguo..., p. 188-190.

⁴⁴¹ Características relevantes do *neoconstitucionalismo* como a *constitucionalização* do ordenamento jurídico, a vinculação entre o direito e a moral e a revisão dos pressupostos do positivismo jurídico pelas novas teorias da interpretação ficam à margem desse estudo, mas podem encontrar explicações detalhadas nas mesmas referências bibliográficas citadas nessas páginas.

⁴⁴² De acordo com o autor, a grande revolução da história do direito moderno foi a assunção do princípio da legalidade no séc. XVIII. (FERRAJOLI, Luigi. O Estado de Direito entre o passado e o futuro..., p. 424-426).

consenso político-jurídico momentâneo, enquanto a segurança e a estabilidade jurídica são encontradas na constituição. Ou seja, realiza-se o desejo de Kelsen, a lei passa a ser apenas uma das etapas de produção das normas jurídicas, sempre subordinada à constituição⁴⁴³. A supremacia da constituição é o instrumento de defesa dos regimes democráticos do pós-guerra contra eventuais abusos dos Poderes do Estado e das maiorias eventuais.

Entretanto, se o objetivo é garantir a proteção dos indivíduos e da sociedade, assegurando justiça e dignidade, a supremacia formal da constituição é apenas um primeiro passo. Uma constituição que visa proteger os direitos fundamentais não é suprema somente em função de ser o estatuto jurídico do Estado. As constituições são supremas também em virtude da incorporação de valores de justiça e de direitos fundamentais que representam um profundo consenso da nação e que devem ser respeitados por todos os Poderes do Estado e pela sociedade⁴⁴⁴. Esse processo de *rematerialização* da constituição, que retoma o vínculo entre direito e moral eliminado pelo positivismo jurídico⁴⁴⁵ e “jurisdifica” os

⁴⁴³ Nesse sentido, Ferrajoli afirma que as premissas do constitucionalismo democrático estavam presentes no pensamento de Kelsen. (Idem, p. 434). No entanto, como bem explica Anna Pintore, Kelsen não é um teórico da democracia constitucional porque não reconhece de forma explícita e não tem como preocupação central a tensão entre democracia e constitucionalismo. Por isso, o correto é dizer que Kelsen é um teórico da democracia e do direito. Falta em Kelsen o “lado dos direitos”, na medida em que sua constituição é apenas um complexo de regras da organização estatal, sendo o seu modelo de Estado de Direito somente um Estado regulado pelo direito e não um Estado vinculado pelos direitos. (*Democracia sin Derechos: en torno del Kelsen democrático*. In: **DOXA. Cadernos de Filosofía del Derecho** nº. 23, 2000, p. 135-137. Disponível em: <http://www.cervantesvirtual.com/porta/DOXA/cuadernos.shtml>. Acesso em: 09.ago.2009).

⁴⁴⁴ Vale lembrar que a derrota do positivismo é associada à derrota do fascismo e do nazismo, que tiveram sua ascensão pela via da legalidade. É conhecido o argumento de defesa utilizado pelos nazistas em Nuremberg de que não fizeram mais nada do que o estrito cumprimento da lei. Assim, após a guerra a ideia formal de lei, desvinculada de qualquer conteúdo *substancial*, que poderia servir de “embalagem para qualquer produto”, é rechaçada pela melhor doutrina. (BARROSO, Luís Roberto; BARCELOS, Ana Paula. O começo da história: a nova interpretação constitucional. In: **Interpretação Constitucional**. SILVA, Virgílio Afonso da (org.). São Paulo: Malheiros, 2005, p. 278).

⁴⁴⁵ Enquanto o positivismo constrói um conceito de direito focado na suas propriedades formais, o neoconstitucionalismo quer construir um conceito de direito pautado por qualidades *substanciais*. Para tanto, é preciso encontrar o fator que interliga o direito real ao direito ideal, ou seja, o *ser* do direito com o *dever ser*. Esse foi o desafio do jusnaturalismo. Hoje, o vínculo entre o *ser* e o *dever ser* é resgatado através do vínculo entre o *direito* e a *moral* levado a cabo pelo constitucionalismo. Para Afonso Figuerola, o neoconstitucionalismo acaba com a contradição entre positivismo e jusnaturalismo ao retomar o vínculo entre o *direito* e a *moral* através de uma norma positivada na constituição. (La teoría del derecho en tiempos de constitucionalismo. In: **Neoconstitucionalismo(s)**. Miguel Carbonell (ed.). Madrid: Trotta, 2003, p. 159-161). Na doutrina pátria, o reconhecimento da vinculação entre o direito e a moral e as suas profundas consequências para o direito, e em especial para o direito constitucional, foi chamada por Ricardo Lobo Torres de “virada kantiana”, quando, “...os direitos humanos passam a se converter em autênticos direitos morais, no sentido de que encontram na consciência moral, no imperativo categórico e na própria

valores sociais, tem como núcleo a dignidade da pessoa humana e torna a constituição um limite material para o Estado e para sociedade, gerando o fenômeno da *constitucionalização* do ordenamento jurídico, pelo qual as normas constitucionais vinculam substancialmente a interpretação e a aplicação de diversos ramos do ordenamento jurídico⁴⁴⁶.

É preciso esclarecer que esse processo de rematerialização da constituição através da absorção de valores e direitos fundamentais pelo texto constitucional difere as constituições do pós-guerra das Constituições do Estado Liberal e do Estado de Bem-estar Social por garantir a efetividade desses direitos mediante a tutela jurisdicional. Explica-se. As constituições do Estado Liberal e do Estado de Bem-estar Social apresentavam um rol de direitos fundamentais de natureza declaratória, sendo que a diferença principal entre essas constituições estava na extensão das declarações de direitos que albergavam. Além disso, enquanto nas constituições liberais os direitos fundamentais eram garantidos mediante a postura de abstenção do Estado, os direitos fundamentais das constituições do Estado de Bem-estar Social eram normas programáticas que dependiam da vontade do Poder Legislativo e, principalmente, do Poder Executivo para concretizarem-se. Com as constituições do Estado Democrático de Direito há uma radical transformação no tratamento dos direitos fundamentais. As constituições permanecem trazendo um extenso rol de direitos fundamentais individuais e sociais, tal como as constituições do Estado de Bem-estar Social, entretanto, esse rol não é meramente declaratório, é um rol que possui força vinculante diante dos Poderes do Estado e da sociedade e é

dignidade do homem o seu fundamento.”(**Tratado de Direito Constitucional Financeiro e Tributário. Vol. III. Os direitos humanos e a tributação: imunidades e isonomia.** Rio de Janeiro: Renovar, 1999, p. 60).

⁴⁴⁶ O Estado Democrático de Direito é marcado pelo fenômeno da *constitucionalização do ordenamento jurídico*, um processo de irradiação de normas constitucionais por todo o ordenamento jurídico. Os ordenamentos constitucionalizados são dotados de Constituições prolixas, que invadem todos os ramos do direito, condicionando a ação dos Poderes do Estado e da sociedade (eficácia horizontal dos direitos fundamentais). No entanto, como explica Guastini, a constitucionalização do ordenamento jurídico “...é uma questão de grau, no sentido de que pode estar mais ou menos constitucionalizado. E isso depende de quantas e quais condiciones de constitucionalização está satisfeitas no bojo do ordenamento.” São condições de constitucionalização: (i) Uma constituição rígida, (ii) a garantia jurisdicional da Constituição, (iii) a força vinculante da Constituição, (iv) a “sobre-interpretação” interpretação da Constituição, (v) A aplicação direta das normas constitucionais, (vi) a interpretação conforme das leis, (vii) a influência da Constituição sobre as relações políticas (GUASTINI, Ricardo. La “Constitucionalización” del ordenamiento jurídico. In: **Neoconstitucionalismo(s)**. Miguel Carbonell (ed.). Madrid: Trotta, 2003, p. 51-58). A Constituição brasileira de 1988 promoveu uma forte constitucionalização do ordenamento jurídico, especialmente nos ramos seguintes ramos do direito: penal, civil, processual penal, processual civil, administrativo, trabalhista, o tributário, econômico, e financeiro.

garantido através da instituição de jurisdições constitucionais que realizam o controle *formal e material* de constitucionalidade das leis e atos normativos do Estado. Nesse sentido, Robert Alexy afirma que a conquista da tutela dos direitos fundamentais pelo Poder Judiciário, tornando-os direitos de aplicação imediata, é um verdadeiro *tesouro da Constituição*⁴⁴⁷. Assim, “Se antes era válido dizer: direitos fundamentais só no marco das leis, agora se quer dizer: leis só no marco dos direitos fundamentais.”⁴⁴⁸

As constituições do pós-guerra⁴⁴⁹ – e também a Constituição Brasileira de 1988 – são exemplos paradigmáticos do novo constitucionalismo, uma vez que incorporam a “... ética da modernidade: democracia e soberania popular, igualdade e direitos fundamentais”⁴⁵⁰. A validade das normas está condicionada formal e materialmente pelos princípios e valores jurídicos incorporados pela constituição⁴⁵¹. Desse modo, é possível afirmar com Luís Prieto Sanchís que a nova perspectiva do constitucionalismo parece ser o resultado da união da tradição constitucional americana e francesa que até então andavam separadas. Do constitucionalismo norte-americano vem a ideia de garantia jurisdicional que evidencia uma desconfiança do legislador. Do constitucionalismo francês toma-se a intenção de

⁴⁴⁷ Assim, explica o autor que basta a existência de uma norma constitucional não sujeita ao controle de constitucionalidade para que a Constituição perca sua força obrigatória. (ALEXY, Robert. *Derechos Fundamentales y Estado Constitucional*. In: **Neoconstitucionalismo(s)**. Miguel Carbonell (ed.). Madrid: Trotta, 2003, p. 33).

⁴⁴⁸ Foi esse o lema seguido pelos Tribunais e juízes alemães, especialmente após a Sentença *Lüth* de 1958, quando o Tribunal Constitucional alemão afirmou que todos os juízes ao decidirem devem levar em conta os direitos fundamentais, direitos que devem penetrar por todo o ordenamento jurídico como *juízos de valor objetivos*. Assim, os direitos fundamentais vinculam não só as relações entre Estado e particulares, mas também as relações privadas – *eficácia horizontal dos direitos fundamentais*. (ALEXY, Robert. *Idem* p. 34).

⁴⁴⁹ Dentre as Constituições elaboradas no *pós-guerra*, a Constituição Alemã de Bonn a principal referência do novo direito constitucional. (BARROSO, Luís Roberto. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo**. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 245).

⁴⁵⁰ SANCHÍS, Luis Prieto. **Constitucionalismo y Positivismo**. 2ª. ed. México: Distribuciones Fontamara, 1999, p.16.

⁴⁵¹ O constitucionalismo pós-guerra foi além de implementar/adotar os ideais constitucionais no âmbito dos Estados. Pode-se observar uma crescente constitucionalização no âmbito internacional, havendo uma série de tratados internacionais voltados para proteção dos direitos humanos. Dentre eles destacam-se no cenário europeu o Convênio Europeu de Direitos Humanos e Liberdades Públicas de 1950 e no cenário americano o Pacto de San José da Costa Rica de 1969. Atualmente assiste-se à tentativa da adoção de uma Constituição para a União Européia, a qual contaria com uma Carta de direitos fundamentais da União Européia dando ensejo à criação do controle de constitucionalidade supranacional. (MIGUEL, Afonso Ruiz. *Constitucionalismo y Democracia*. In: **DOXA. Isonomia. Revista de Teoría y Filosofía del Derecho** nº. 21, 2004, p. 53. Disponível em: <http://www.cervantesvirtual.com/porta/DOXA/isonomia.shtml>. Acesso em 09.ago.2009).

fazer da constituição um programa normativo⁴⁵². Como resultado tem-se uma constituição que “... pretende condicionar de modo importante as decisões da maioria, porém, cujo protagonismo fundamental não corresponde ao legislador, mas sim aos juízes...”⁴⁵³, já que a proteção da inviolabilidade das normas constitucionais é concedida a Tribunais Constitucionais⁴⁵⁴. Em síntese: a constituição é uma norma jurídica suprema também em razão do seu conteúdo, de modo que não se restringe a limitar o legislador, mas também fornece os parâmetros morais a serem observados na reconstrução das relações jurídicas.

Essas novas constituições são caracterizadas por normas de estrutura aberta, uma vez que ao lado das regras possuem também *princípios*⁴⁵⁵, normas

⁴⁵² Por um lado, agrega-se o constitucionalismo norte-americano a ideia de que a Constituição define “as regras do jogo”, é um pacto de regras para o convívio social que se destina à garantia da autonomia privada e da autonomia pública de modo que em uma sociedade democrática com uma igualdade relativa seja possível que todos os indivíduos desenvolvam seus planos de vida respeitando as decisões políticas fundamentais. Ou seja, a Constituição é um documento normativo superior que estabelece as regras do jogo democrático, assim, sua função é limitar o poder público. A garantia de estabilidade dessas regras cabe a um Poder que não esteja vinculado à esfera pública, ou seja, não esteja tomado por paixões, um Poder neutro como o Poder Judiciário, responsável por zelar pelas decisões do poder constituinte do povo diante das maiorias eventuais. Nessa acepção, constitucionalismo se reduz à judicialismo destinado a proteger as regras de organização política. Por outro lado, resgata-se a tradição francesa de Constituição como projeto político que visa às transformações políticas e sociais. A Constituição participa do jogo político condicionando *substancialmente* as decisões futuras, não apenas limitando-as. Nessa tradição, o poder constituinte não se exaure na elaboração da Constituição, permanece ativo na voz do titular da soberania popular: o povo, que por sua vez encontra no Poder Legislativo o meio para expressar a vontade geral. A identificação da soberania do povo com o Legislativo leva a França e toda a Europa do séc. XIX a dissolver a soberania popular na soberania do Estado. Com isso, a Constituição perdeu força e se mostrou incapaz de limitar o Legislativo e o governo, transformando o constitucionalismo em legalismo, já que cada governo “democrático” estabelece as regras do jogo como bem entender pela via da lei pouco importando os ditames do projeto constitucional. (SANCHÍS, Luis Prieto. Neoconstitucionalismo y ponderación judicial..., p. 125-126). No mesmo sentido Afonso Ruiz Miguel entende que o (neo)constitucionalismo europeu contemporâneo representa uma fusão entre o constitucionalismo norte-americano e o francês. (Constitucionalismo y Democracia. In: **DOXA. Isonomia. Revista de Teoría y Filosofía del Derecho** nº. 21, 2004, p. 53. Disponível em: <http://www.cervantesvirtual.com/portal/DOXA/isonomia.shtml>. Acesso em: 09.ago.2009. Para uma análise aprofundada da relação entre o constitucionalismo norte-americano e o francês e a convergência desses modelos no constitucionalismo contemporâneo, cf. FIORAVANTI, Maurizio, **Los Derechos Fundamentales. Apuntes de historia de las Constituciones**. Tradução: M. Martínez Neira. Trotta: Madrid, 1996, p. 127 e ss.

⁴⁵³ SANCHÍS, Luis Prieto. Neoconstitucionalismo y ponderación judicial..., p. 127.

⁴⁵⁴ Para Sanchís o traço mais evidente do constitucionalismo contemporâneo em oposição ao constitucionalismo liberal é a existência do controle de constitucionalidade das leis. (**Constitución y Positivismo**..., p. 15).

⁴⁵⁵ A distinção entre princípios e regras ganhou notoriedade a partir da obra de Ronald Dworkin e Robert Alexy (Teoria dos Direitos Fundamentais). Para Dworkin, as regras possuem dimensão de validade, aplicam-se aos casos concretos, ou não, mediante a lógica do *tudo ou nada*, enquanto os princípios tem dimensão de peso, de modo que diante do caso concreto aplica-se aquele princípio que tiver maior peso. (**Levando os direitos a sério**. Tradução: Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, p. 35 e ss.). Já para Alexy, as regras expressam deveres definitivos, enquanto os

constitucionais que incorporam valores morais e ideias de justiça mediante dispositivos marcados pela generalidade, amplitude e flexibilidade⁴⁵⁶. Esse “câmbio genético”⁴⁵⁷ exige o reconhecimento do papel reconstrutivo exercido pelo intérprete e, conseqüentemente, provoca uma alteração na noção liberal de fonte de direito⁴⁵⁸.

princípios são deveres *prima facie* se realizam na medida do possível, por isso são *mandados de otimização*. (**Teoria dos Direitos Fundamentais**. Tradução: Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 85 e ss.). De acordo com Virgílio Afonso da Silva “Tanto Dworkin quanto Alexy são representantes da tese da separação qualitativa entre regras e princípios, que advoga que a distinção entre ambas as espécies de normas é de caráter lógico. Uma alternativa a essa tese é aquela que defende que a distinção entre ambas é de grau, seja de grau de generalidade, abstração ou de fundamentalidade. Essa é a tese mais difundida no Brasil.” (Princípios e Regras: mitos e equívocos acerca de uma distinção. In: **Revista Latino-americana de estudos Constitucionais**. Belo Horizonte: Del Rey, nº. 1. jan./jul. 2003, p. 609). Dentre os autores que defendem uma distinção de grau entre regras e princípios, Virgílio Afonso da Silva destaca Celso Antonio Bandeira de Mello, Joaquim José Gomes Canotilho, Jorge Miranda, Luís Roberto Barroso, Walter Claudius Rothenburg e Edilson Pereira de Farias. (Idem, p. 612-613). No cenário nacional, tem destaque ainda a posição de Humberto Ávila, quem defende que a diferença entre princípios e regras está no grau de abstração do texto antes de ser submetido à interpretação, “...no caso do princípio o grau de abstração é maior relativamente à norma de comportamento a ser determinada, já que eles não se vinculam abstratamente a uma situação específica (por exemplo, princípio democrático, Estado de Direito) no caso das regras as consequências são de pronto verificáveis, ainda que devam ser corroboradas por meio do ato de aplicação.” (ÁVILA, Humberto. **Teoria dos Princípios**. 4ª ed. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 40). Uma das principais conclusões da tese do autor é de que também é possível o conflito entre regras quando ocorre sua transposição do plano abstrato para o concreto. (Idem, p. 44-45).

⁴⁵⁶ Virgílio Afonso da Silva explica que o que caracteriza uma regra e um princípio não é a natureza determinada da regra e a vagueza dos princípios, a distinção reside no fato de que as regras indicam deveres definitivos enquanto os princípios expressam deveres *prima facie*. (Princípios e Regras: mitos e equívocos acerca de uma distinção..., p. 619).

⁴⁵⁷ Écio Oto Duarte. **Neoconstitucionalismo e Positivismo Jurídico**. In: In: **Neoconstitucionalismo e Positivismo Jurídico: as faces da teoria do Direito em tempos de interpretação moral da Constituição**. São Paulo: Landy, 2006, p. 26.

⁴⁵⁸ As normas constitucionais de estrutura aberta também exigem uma revisão dos pressupostos do positivismo jurídico, pois sua aplicação não se satisfaz com a rigidez da interpretação positivista e com a mecanicidade da subsunção. Nesse sentido Casalmiglia afirma que a marca principal da teoria jurídica contemporânea é o reconhecimento da indeterminação do direito e o rechaço ao formalismo. (Postpositivismo. In: **DOXA. Cuadernos de Filosofía del Derecho**, nº. 21-I, 1998, p. 214. Disponível em: http://www.cervantesvirtual.com/servlet/SirveObras/23582844322570740087891/cuaderno21/voll/Doxa21_12.pdf. Acesso em: 15.jul.2009). Note-se, no entanto, que o constitucionalismo *pós-guerra* já nasce sob uma rica crítica ao positivismo. A exegese ou a jurisprudência dos conceitos, por exemplo, já se mostravam superadas por movimentos como o *Direito livre*, o realismo, a retórica e o próprio positivismo normativista, que indicavam que a aplicação do direito não é mera subsunção, contando sempre com um elemento volitivo. Diante das normas de natureza aberta Kelsen e Hart defenderam a existência de uma margem de discricionariedade a ser preenchida pelo intérprete. Tal solução, porém, mostra-se absolutamente inadequada para as constituições abertas, que em razão do vínculo dos direitos com valores morais não comportam qualquer subjetivismo, exigindo uma interpretação que lhes dê concretude mediante uma perspectiva moral. Portanto, diante do reconhecimento da normatividade dos princípios e da exigência de que as cláusulas abertas sejam interpretadas sem que se recaia na discricionariedade, uma nova *metódica constitucional* se faz imprescindível. Para Écio Oto Duarte, a necessidade de uma nova metodologia jurídica capaz de trabalhar com a abertura do texto constitucional a valores que permeiam a sociedade já se fazia presente no constitucionalismo social inaugurado pela constituição de Weimar. (**Neoconstitucionalismo e Positivismo Jurídico**..., p. 19-20). No entanto, é apenas após a guerra que o Direito Constitucional afirma-se como um direito de normas de estrutura aberta, que estimula novas formas de pensar a sua

A ideia de morte da lei e *rematerialização* da constituição por meio de normas de estrutura aberta, que incorporam valores e condicionam a legislação e a aplicação do direito, transformam o papel do legislador e do juiz, especialmente, do juiz constitucional. O legislador não representa mais a voz da soberania popular para ditar a lei com qualquer conteúdo, encontra-se subordinado e vinculado formal e materialmente à constituição, de modo que a lei passa a ser apenas uma fonte de direito, e não “a fonte do direito”. Como explica Zagrebelsky, o legislador não é o “*senhor da direito*”, é somente o “*senhor da lei*”⁴⁵⁹. Já o juiz deixa de ser um aplicador mecânico da lei, para ser o *intérprete* da constituição e das leis. Trata-se de uma mudança de aparência sutil, mas que tem como consequência a atribuição de um relevante papel ao juiz na produção do direito, acabando com hierarquia entre legislação e jurisdição⁴⁶⁰.

A compreensão adequada do papel de intérprete do juiz e suas consequências requerem uma pequena digressão ao processo interpretativo das normas constitucionais.

Inicia-se lembrando que, de acordo com o positivismo jurídico, a norma contém uma prescrição aplicada pelo juiz aos casos concretos mediante subsunção.

aplicação, sendo um convite para a superação da subsunção. Diante da impossibilidade da subsunção, não se abre espaço para a discricionariedade, mas para atividade racional de justificação capaz de legitimar o intérprete. A legitimidade do intérprete é medida pela justificação racional de suas decisões. As propostas hermenêuticas pautadas pela distinção entre princípios e regras pretendem afastar qualquer possibilidade de discricionariedade judicial, substituindo a caixa preta da discricionariedade por uma transparência mais condizente com o Estado Democrático. (SANCHÍS, Luis Prieto. **Constitucionalismo y Positivismo...** p. 44). O Estado Democrático de Direito coloca definitivamente em crise o positivismo jurídico, porém, não se pode dizer que o positivismo foi abandonado por completo. A constatação da existência de princípios e regras não afasta a utilização dos métodos clássicos de interpretação (gramatical, histórico, sistemático e teleológico), mas indica que a subsunção não pode dar conta de todos os casos de aplicação do direito. Assim, ela permanece relevante, mas torna-se insuficiente (BARROSO, Luis Roberto; BARCELOS, Ana Paula. O começo da história: a nova interpretação constitucional..., p. 274.). Por fim, vale lembrar que o constitucionalismo do Estado Democrático de Direito também pode ser considerado como uma continuação ao positivismo. Nesse sentido, Luigi Ferrajoli defende que apesar das diferenças *substanciais* entre positivismo e constitucionalismo, o que distingue ambos do direito pré-moderno e os aproxima como uma linha de continuidade é sua estruturação positivada. (Juspositivismo Crítico y Democracia Constitucional. In: **DOXA. Isonomía Revista de Teoría y Filosofía del Derecho** nº. 16. Abril, 2002, p. 09. Disponível em: <http://www.cervantesvirtual.com/porta/DOXA/isonomia.shtml>. Acesso em: 09.ago.2009).

⁴⁵⁹ **El decho dúctil...**, p. 114.

⁴⁶⁰ De acordo com Cappelletti, após a Segunda Guerra, o Poder Judiciário se levanta como o crescimento do “terceiro gigante”, colocando-se em pé de igualdade com o Legislativo e Executivo. Destaca ainda o autor que a principal consequência dessa transformação foi o desenvolvimento de um direito jurisprudencial e a participação dos juizes na modernização e evolução do direito. (CAPPELLETTI. *Necesidad y Legitimidad de la Justicia Constitucional*. In: **Tribunales Constitucionales Europeos y Derechos Fundamentales**. FAVOREU, Loius (org.). Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1984, p. 599-682, p. 617).

Essa aplicação fria e descomprometida com a realidade escondia um fato certo: o juiz (intérprete) participa da construção da norma, a interpretação não é mera aplicação, é construção e reconstrução. Foi necessário que se perdesse a confiança na lei e que o ordenamento jurídico fosse inundado de cláusulas abertas para que o papel ativo do intérprete, diante do texto, fosse admitido.

O juiz é *intérprete* e não aplicador do direito, porque a *norma jurídica* não se confunde com o *texto legal* ou com o *dispositivo constitucional*, mas é produto da sua interação com os fatos mediante a sua atuação⁴⁶¹. Assim, não existe *norma* na constituição, somente a interpretação do seu texto em conexão com os fatos reais é capaz de constituir a norma. Como explica Friedrich Müller, extrair a *norma* do *texto* constitucional requer que, primeiro, seja interpretado o *texto* da constituição, que é apenas a “ponta do *iceberg*” do processo interpretativo, a fim de demarcar o *programa da norma*, ou seja, as possíveis interpretações que o texto comporta; a sua *normatividade*, que é constituída pela tradição, pelos “... dados extra-linguísticos (...) que mesmo se quiséssemos nem poderiam ser fixados no texto da norma no sentido da garantia da sua pertinência.”⁴⁶² A *norma* só é obtida após a identificação do *âmbito da norma* e dos fatos concretos que a norma irá regular com a normatividade extraída do texto. Com isso, Müller consegue promover a interação entre a *norma* e a *realidade*⁴⁶³.

⁴⁶¹ Como explica Canotilho, “O recurso ao texto para se averiguar o conteúdo semântico da norma constitucional não significa a identificação entre *texto* e *norma*. Isto é assim mesmo em termos lingüísticos: o texto das norma é o ‘sinal lingüístico’, a norma é que se ‘revela’ ou ‘designa’.” (**Direito Constitucional e Teoria da Constituição...**, p. 1218). No mesmo sentido Eros Grau, explica que “O que em verdade se interpreta são os textos normativos; da interpretação dos textos resultam as normas. Texto e norma não se identificam. A norma é a interpretação do texto normativo.” (**Ensaio e Discurso sobre a Interpretação/Aplicação do Direito**. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 17).

⁴⁶² MÜLLER, Friedrich. **Métodos de Trabalho de Direito Constitucional**. Tradução: Peter Naumann. São Paulo: Max Limond, 2000, p. 53-54. Esclarece o autor que “O texto da norma não contém a sua ‘normatividade’ e a sua estrutura material concreta. Ele dirige e possibilita as possibilidades legítimas e legais da concretização materialmente determinada pelo direito no âmbito do seu quadro. Conceitos jurídicos e textos de norma não possuem ‘significado’, enunciados não possuem ‘sentido’ segundo a concepção de um dado orientador acabado (...). Muito pelo contrário, o olhar se dirige ao trabalho concretizador ativo do *destinatário* e com isso à *distribuição funcional dos papéis*, que graças à ordem [Anordnung] jurídico-positiva do ordenamento jurídico e constitucional, foi instituída para a tarefa da concretização da Constituição e do direito.” (Idem, p. 56).

⁴⁶³ A tese de Müller supera a contradição existente entre uma *Teoria Normativa da Constituição*, que compreende a Constituição apenas como norma (Kelsen) que não recebe interferência da realidade, e uma *Teoria Sociológico-política da Constituição*, que compreende a Constituição a partir da realidade social, pois reúne *normatividade* e *realidade* na construção da norma constitucional. Cf.: SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. **Teoria da Constituição e Democracia Deliberativa...**, p. 213. A tentativa de conciliar as duas vertentes da Constituição (norma e realidade) já havia sido feita por Hermann Heller, que ao buscar um conceito total de Constituição propôs a

No mesmo sentido Humberto Ávila defende que o *texto* seria apenas a “matéria bruta”⁴⁶⁴ na qual o intérprete trabalha para construir os significados da norma⁴⁶⁵. Não há vinculação necessária entre o *texto* e o seu *conteúdo*, o significado não é intrínseco ao conteúdo das palavras, decorre da interpretação feita delas. A variação de tempo e espaço pode conduzir a diferentes significados e a controvérsias doutrinárias sobre o sentido que deve ser atribuído a um mesmo dispositivo. Como explica Luís Roberto Barroso, a interpretação não é um “... fenômeno absoluto ou atemporal. Ela espelha o nível de conhecimento e a realidade de cada época, bem como as crenças e os valores do intérprete, sejam os do contexto social em que esteja inserido, sejam os de sua própria individualidade.”⁴⁶⁶

Como a atividade do intérprete não é apenas descrever, mas construir significados, torna-se inaceitável a ideia de que a interpretação/aplicação⁴⁶⁷ do direito seja compreendida como um processo de subsunção de conceitos pré-determinados, “...a interpretação não se caracteriza como um ato de descrição de um significado previamente dado, mas como um ato de *decisão* que constitui a

união da *normatividade* e da *normalidade*, isto é, da norma constitucional e dos padrões *normais* da realidade social. A Constituição só total com a combinação desses dois elementos, de nada serve a norma desconectada da realidade, pois seu conteúdo só decorre da sua interação com a realidade, porém, também não tem sentido apenas a *normalidade* sem a norma, uma vez que a normalidade torna-se imprevisível e descontrolada. (Idem, p. 212).

⁴⁶⁴ ÁVILA, Humberto. **Teoria dos Princípios...**, p. 16. A ideia de texto como “matéria bruta”, pode ser bem compreendida através da metáfora da Vênus de Milo proposta por Eros Grau. De acordo com o autor, se fossem dados três blocos de mármore para três escultores e fosse-lhes solicitado que esculpissem a Vênus de Milo, os três escultores produziram cada um três estátuas diferentes, embora claramente identificáveis como Vênus de Milo. “Vê-se, assim, que diferentes intérpretes – qual diferentes escultores ‘produzem distintas Vênus de Milo – ‘produzem’, a partir do mesmo texto normativo, distintas normas jurídicas.” (**Ensaio e Discursos sobre a Interpretação/Aplicação do Direito...**, p. 23-24).

⁴⁶⁵ Vale ressaltar que para Humberto Ávila os textos já indicam, por si só, isto é, independente de interpretação, se assumirão a natureza de regra ou de princípio. A regra tem natureza descritiva e mediatamente finalística, já os princípios estabelecem fins a serem atingidos. (**Teoria dos Princípios...**, p. 63 e ss.). Contudo, na linha de Virgílio Afonso da Silva, entende-se que a diferença entre texto e norma propugnada pelo autor é esquecida quando diferencia regras e princípios. Como explica Virgílio Afonso da Silva a “A distinção entre regras e princípios é a distinção entre dois tipos de normas.” Assim, regras e princípios não se definem com tais sem a prévia interpretação. Nesse sentido, conclui o autor que “ ‘ser passível ou carente de interpretação’ é uma característica de textos que exprimem tanto regras quanto princípios.” (Princípios e Regras: mitos e equívocos acerca de uma distinção..., p. 617).

⁴⁶⁶ **Interpretação e Aplicação da Constituição**. São Paulo: Saraiva, 1999, p. 3.

⁴⁶⁷ É oportuno lembrar a lição de Eros Grau de que a “interpretação e aplicação não se realizam autonomamente. O intérprete discerne o sentido do texto a partir e em virtude de um determinado caso dado; a interpretação do direito consiste em concretar a lei em cada caso, isto é, na sua aplicação [Gadamer]. (**Ensaio e Discurso sobre a interpretação/aplicação do direito...**p. 25).

significação e os sentidos do texto.”⁴⁶⁸ Afirmar que os significados do texto só se constituem através da atividade interpretativa destinada à aplicação não quer dizer que não existam significados pré-constituídos. O uso ordinário da linguagem estabelece certos significados que são dados ao intérprete⁴⁶⁹. Por isso, o intérprete não apenas desempenha um papel construtivo⁴⁷⁰; a força da sua atuação recaí, essencialmente, na reconstrução, já que alguns significados decorrem do modo como seu uso foi determinado na prática linguística⁴⁷¹. Nessa linha, é precisa a afirmação de Humberto Ávila de que “... interpretar é construir a partir de algo, por isso significa reconstruir”⁴⁷². Reconstrói porque parte de textos que já incorporaram alguns sentidos, os quais servem de base e limite para a interpretação. Assim,

⁴⁶⁸ ÁVILA, Humberto. **Teoria dos Princípios...** p. 23.

⁴⁶⁹ Nesse sentido, Ávila destaca que “Wittgenstein refere-se aos jogos de linguagem: há sentidos que preexistem ao processo particular de interpretação, na medida em que resultam de estereótipos de conteúdos já existentes na comunicação lingüística geral. Heidegger menciona o *enquanto hermenêutico*: há estruturas de compreensão existentes de antemão ou *apriori*, que permitem a compreensão mínima de cada sentença sob certo ponto de vista já incorporado ao uso comum da linguagem. Miguel Reale faz uso da *condição a priori intersubjetiva*: há condições estruturais preexistentes no processo de cognição, que fazem com que o sujeito interprete algo anterior que se lhe apresenta para ser interpretado. Pode-se, com isso, afirmar que o uso comunitário da linguagem constitui algumas condições de uso da própria linguagem. Como lembra Aarnio, termos como ‘vida’, ‘morte’, ‘mãe’, ‘antes’, ‘depois’, apresentam *significados intersubjetivados*, que não precisam a toda nova situação ser fundamentados. Eles funcionam como condições dadas da comunicação.” (**Teoria dos Princípios...** p. 24-25). Canotilho lembra que apesar da existência de convenções lingüísticas, é possível que o intérprete se depare com mais de uma convenção lingüística para o mesmo símbolo. (**Direito Constitucional e Teoria da Constituição...**, p. 1218).

⁴⁷⁰ Conforme explica Uadi Lammêngo Bulos, a doutrina norte-americana faz uma distinção entre interpretação e construção. A interpretação destina-se a descobrir os significados da linguagem que representa o texto de uma determinada lei, enquanto a construção extrai conclusões a partir de significados já determinados pelo uso da linguagem para obter um sentido geral do texto dentro do ordenamento jurídico. Contudo, o autor ressalta que a distinção entre interpretação e construção não faz muito sentido. Ambas são modelo de interpretação e apontam para a existência de duas fases do processo interpretativo, isso porque toda construção exige que o texto seja previamente interpretado; isto é, que seja determinado o significado específico da sua linguagem. Portanto, interpretação e construção são mecanismos de interpretação que se implicam. (BULOS, Uadi Lammêngo. **Mutação Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 1997, p. 141-146) O autor lembra que a construção está muito presente nos trabalhos do Supremo Tribunal Federal, trazendo como exemplo as transformações sofridas pela doutrina do *habeas corpus*, que de *writ* destinado à proteção da liberdade física e de garantia de direitos pessoais, foi ampliado para remédio contra qualquer ato de abuso de autoridade sob o argumento de que liberdade locomoção é fundamental para o desenvolvimento de qualquer atividade e para o exercício dos demais direitos. (Idem, p. 153)

⁴⁷¹ Nesse sentido, Mauro Cappelletti explica que “Por mais que o intérprete se esforce por permanecer fiel ao ‘texto’, ele sempre será, por assim dizer, *forçado a ser livre* – porque não há texto musical ou poético nem tampouco legislativo que não deixe espaço para variações e *nuances* para a criatividade interpretativa. Basta considerar que as palavras, como as notas na musicam outra coisa não representam senão símbolos convencionais, cujo significado encontra-se inevitavelmente sujeito a mudanças e aberto a questões e incertezas.” (**Juízes Legisladores? ...**, p. 22)

⁴⁷² **Teoria dos Princípios...**, p. 25. A perspectiva construtiva e reconstrutiva da interpretação constitucional é enfatizada por ROSENFELD, Michel. **A identidade do sujeito constitucional**. Tradução: Menelick de Carvalho Neto. Belo Horizonte: Mandamentos, 2003.

Sussana Pazzolo explica que “O intérprete não se encontra no início de um filme: ao contrário, está no início de uma jogada em que muitas coisas já foram ditas (nas jogadas precedentes) e outras ainda não. O problema, então, creio, deve ser observado em movimento.”⁴⁷³

Por isso, tanto a Ciência Jurídica, quanto o Poder Judiciário, exercem atividade reconstrutiva: interpretam um texto dado que possui uma multiplicidade de sentidos possíveis⁴⁷⁴. Essa constatação marca a passagem de um juiz-aplicador para um juiz-intérprete, que reconstrói o significado dos textos jurídicos mediante a sua interação com o caso concreto⁴⁷⁵ e dentro dos limites normativos estabelecidos pela Constituição⁴⁷⁶. Ou seja, a interpretação constitucional como processo reconstrutivo tem como ponto de partida os dispositivos constitucionais, os quais devem ser reconstruídos de acordo com o caso concreto dentro dos limites oferecidos pela linguagem constitucional⁴⁷⁷. Nesse sentido, Zagrebelsky afirma que

⁴⁷³ PAZZOLO, Sussana. Neoconstitucionalismo como último desafio do positivismo jurídico. In: **Neoconstitucionalismo e Positivismo Jurídico: as faces da teoria do Direito em tempos de interpretação moral da Constituição**. São Paulo: Landy, 2006, p. 175.

⁴⁷⁴ A possibilidade de extração de diversas normas do mesmo enunciado é que o justifica a existência da *declaração de inconstitucionalidade parcial*, a qual invalida uma norma produzida pelo enunciado normativo preservando a sua integridade. (BARROSO, **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo...**, p. 196).

⁴⁷⁵ Nesse sentido Gustavo Zagrebelsky afirma que na interpretação jurídica, o problema fático é “o motor que impulsiona o intérprete e marca a direção”. (**El derecho dúcil...**, p. 133). Luís Roberto Barroso não deixa de anotar “Esse modo de lidar com o Direito é mais típico dos países da tradição do *commun law*, onde o raciocínio jurídico é estruturado a partir dos fatos, indutivamente, e não a partir da norma, dedutivamente. No entanto, nos países da família romano-germânica, essa perspectiva recebeu o impulso da Tópica, cuja aplicação ao Direito beneficiou-se da obra seminal de Theodor Viehweg, e seu método de formulação da solução juridicamente adequada a partir do problema concreto. Embora não tenha sido vitoriosa, a Tópica contribuiu de maneira decisiva para a percepção de que fato e realidade são elementos decisivos para a atribuição de sentido à norma, mitigando o poder da norma abstrata e o apego a uma visão sistemática do Direito.” (**Curso de Direito Constitucional Contemporâneo...**, p. 308)

⁴⁷⁶ CANOTILHO, Joaquim José Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição...**, p. 1222. Do texto da Constituição podem-se retirar vários resultados possíveis, mas isso não significa que todos são juridicamente aceitáveis. O intérprete pode oferecer um resultado semanticamente possível, mas juridicamente inaceitável. (PAZZOLO, Sussana. **Neoconstitucionalismo como último desafio do positivismo jurídico...** p. 145-147). Nesse caso não há uma atividade interpretativa, nem a concretização da Constituição, há apenas uma interpretação inconstitucional. Por isso, como a abertura do texto constitucional não pode ser negada, ela deve ser controlada com técnicas de interpretação que trabalhem a partir dos valores compartilhados pelo texto constitucional. As teorias da argumentação têm a pretensão de apresentar métodos capazes de guiar o intérprete na escolha da interpretação correta dentro das múltiplas possibilidades de interpretação que o texto oferece.

⁴⁷⁷ A linguagem constituição é extraída da interpretação da Constituição pautada pela moralidade, em oposição a uma interpretação literal ou a uma interpretação puramente criativa. A interpretação moral evidencia que a Constituição não fecha o sistema, pelo contrário, é o seu momento de abertura vinculada à moralidade. Por isso, tem razão Zagrebelsky ao afirmar que “a

os princípios têm “... os pés na terra e a cabeça nas nuvens. A terra é o ponto de partida de desenvolvimento do ordenamento, mas também é o ponto a que se deve retornar.”⁴⁷⁸ Portanto, não há uma superioridade do fático em relação ao normativo, ambos possuem a mesma importância para um direito que se preocupe com a idoneidade de suas consequências práticas.

Esse também é o caminho seguido por Ronald Dworkin. Para o autor norte-americano, o ponto de partida da interpretação constitucional é o *conceito* do princípio, uma ideia sobre o seu significado que é um consenso social. Porém, o conteúdo do princípio é determinado pelo contexto do qual faz parte. Por isso, um mesmo *conceito* de princípio pode vir a assumir diversas *concepções*, as quais podem conduzir a um eterno dissenso e são definidas de acordo com a inserção do *conceito* do princípio no espaço, no tempo e na cultura⁴⁷⁹. Um princípio pode ter uma *concepção* muito clara diante da experiência prática, ou seja, sua *concepção* pode estar consolidada na prática interpretativa. No entanto, essa *concepção* do princípio pode vir a suscitar dúvidas e dificuldades quando surge um novo caso. Esses novos casos são chamados por Zagrebelsky de *casos críticos*, aqueles que promovem uma mudança na interpretação do *conceito* do princípio indicando a existência de

interpretação da Constituição adquire cada vez mais um aspecto de filosofia do direito’, pois seus procedimentos, não obstante estarem vinculados ao direito vigente, não podem se desenvolver em um universo fechado de regras jurídicas. Nos Estados constitucionais modernos, os princípios morais do direito natural se incorporam ao direito positivo. As modalidades argumentativas do direito constitucional se ‘abrem’ assim para discursos metajurídicos, tanto mais se toma em consideração os princípios da Constituição.” (*El derecho dúcil...* p. 116)

⁴⁷⁸ Idem, p. 122.

⁴⁷⁹ DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério...*, p. 208-215. Ao formular a distinção entre *conceito* e *concepção*. Dworkin demonstra que não existe norma constitucional vaga, uma vez que todas comportam conceitos morais. Assim, explica o autor que “Quando recorro ao conceito de justiça, recorro ao significado do conceito de justiça (*I appeal to what fairness means*), e não atribuo importância especial aos meus pontos de vista sobre a questão. Quando formulo uma *concepção* de justiça (*I lay down what I mean by fairness*), e por isso meu ponto de vista está no cerne do problema. Quando apelo à justiça, coloco uma questão moral; quando formulo minha *concepção* de justiça, tendo respondê-la.” (Idem, p. 213). Dworkin dá como exemplo o caso do pai que recomenda a seus filhos que tratem a todos com *justiça*. Observe-se que o pai não recomenda aos filhos que tratem a todos a partir de uma certa *concepção* de justiça, diz apenas que devem ser justos. Assim, os filhos não ficam limitados por uma *concepção* específica que diante de uma determinada situação pode acabar provocando injustiças. Com o *conceito* de justiça em mãos, os filhos estão mais aptos a serem justos porque podem interagir diante das situações concretas formulando as *concepções* de justiça que forem necessárias. Ademais, se o pai exigisse que os filhos agissem de acordo com uma determinada *concepção* de justiça, certamente estaria deixando de fora uma série de situações, já que sua recomendação se daria em abstrato. (Idem, p. 212-213).

um antes e um depois quanto à sua interpretação⁴⁸⁰. Portanto, as *concepções* determinam uma forma contingente e precária da aplicação dos princípios, que são apenas *conceitos* que se transformam de acordo com a evolução das ideias⁴⁸¹⁻⁴⁸².

Nesse esquema, os intérpretes da constituição por excelência, os juízes e o Tribunal Constitucional, não aplicam a constituição como queria o positivismo jurídico, são co-participantes da criação do direito⁴⁸³, dando conteúdo às cláusulas abertas ou continuidade ao trabalho do constituinte e do legislador⁴⁸⁴. Contudo, ao

⁴⁸⁰ Zagrebelsky explica que geralmente os *casos críticos* provocam diferentes interpretações por parte dos intérpretes e lembra que a bioética tem suscitado diversos *casos críticos* ao colocar em jogo as concepções interpretativas sobre termos como *a vida e a morte*. (*El derecho dúcil...*, p. 139).

⁴⁸¹ A jurisprudência da Suprema Corte norte-americana tem bons exemplos de princípios que receberam diferentes concepções ao longo da história dos Estados Unidos. Entre eles destacam-se o princípio da igualdade e o princípio do devido processo legal. Na célebre decisão de *Brown v. Board of Education* a Corte Warren argumentou que não se poderia mais sustentar a concepção de igualdade empregada em *Plessy v. Ferguson*, uma concepção de igualdade compatível com a segregação racial. Desse modo, para reputar inconstitucional a segregação racial e dar início ao processo de dessegregação, a Corte Warren formula uma nova concepção de igualdade incompatível com a segregação e condizente com a moralidade contemporânea da nação norte-americana.

⁴⁸² A distinção entre o *conceito* do princípio e as *concepções* que se formam sobre ele através de um processo interpretativo reconstrutivo explica por que as Constituições podem sobreviver ao longo do tempo sem que sejam alteradas as disposições originais. Assim, a ideia de que o texto constitucional pode estar em constante revisão pela prática interpretativa coloca em jogo as categorias tradicionais do Poder Constituinte. A possibilidade de redefinição da concepção das normas constitucionais indica que o Poder Constituinte não se esgota com promulgação da Constituição, sendo realizado de forma permanente sem que seja necessário recorrer à instauração do Poder Constituinte Derivado. Um Poder Constituinte permanente aproxima Constituição e democracia, apaziguando o conflito entre a geração constituinte e a geração presente. De acordo com Bercovici “O poder constituinte refere-se ao povo real, não ao idealismo jusnaturalista ou à norma fundamental pressuposta, pois diz respeito à força e autoridade do povo para estabelecer a Constituição com pretensão normativa, para mantê-la e revogá-la. O poder constituinte não se limita a estabelecer a Constituição, mas tem existência permanente, pois dele deriva a própria força normativa da Constituição.” (Constituição e Política: Uma relação difícil..., p. 22). Essa noção de Poder Constituinte foi denominada por George Burdeau de poder constituinte difuso (*Traité de science politique*. 2º ed. Paris: LGDJ, 1969, v. 4, 247-290 *apud* BULOS, Uadi Lammêngo. **Mutação Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 1997, p. 172). No mesmo sentido caminham as reflexões de Marcelo Andrade Cattoni de Oliveira em **O Projeto Constituinte de um Estado Democrático de Direito** (Por um exercício de Patriotismo Constitucional, no marco da Teoria Discursiva do Direito e do Estado de Jürgen Habermas) (manuscrito).

⁴⁸³ Eugenio Bulygin defende que os juízes criam direitos assim como os legisladores. No entanto, o autor não se restringe a afirmar que os juízes criam direito quando aplicam a lei dando origem a uma nova de norma de caráter individual, como defendia Kelsen. Para Bulygin, os juízes criam normas de natureza geral quando se deparam com lacunas e contradições normativas. Contudo, a atividade judicial difere-se da legislativa porque as normas gerais criadas pelos juízes não tem força obrigatória. (Los Jueces Crean Derecho? In: **DOXA. Isonomia. Revista de Teoría y Filosofía del Derecho** nº. 18, Abril, 2003. Disponível em: <http://www.cervantesvirtual.com/porta/DOXA/isonomia.shtml>. Acesso em: 09.ago.2009). A afirmação do autor pode ser considerada válida, especialmente, mediante a elaboração de súmulas vinculantes pelo Supremo Tribunal Federal. Sobre a questão voltar-se-á no item 3.3.2.

⁴⁸⁴ O juiz que interpreta a norma e é co-autor da produção jurídica, “... grande parte do *background* sobre o qual se depositam as palavras do legislador foi construído pela jurisprudência e por ela continuamente modificado e inovado.” A nova concepção de Constituição faz da

atribuir significado às disposições constitucionais os magistrados não criam direito no sentido da criação política feita pelo Poder Legislativo, que deve ter seu espaço de criação política do direito respeitado sob pena de violação à democracia⁴⁸⁵; mas criam porque redefinem os enunciados linguísticos viabilizando a preservação da complexa estrutura do Estado Democrático de Direito na medida em que garantem a conexão entre lei, direito e justiça. Assim, em um Estado onde todos os Poderes e a sociedade estão vinculados formal e materialmente ao texto da constituição⁴⁸⁶, não há um poder que seja *senhor do direito*, o direito não tem propriedade, é “um *dever ser* objeto de cuidado de todos.”⁴⁸⁷.

Diante da norma constitucional como produto de um processo reconstrutivo surge uma nova compreensão da constituição para os Estados Democráticos de Direito⁴⁸⁸.

As constituições de sociedades democráticas, assim como a linguagem, são vivas, por isso não podem ser aprisionadas por um só conceito. Como ensina Rosenfeld, a identidade constitucional é complexa, fragmentada, parcial e

jurisprudência no Estado Democrático de Direito fonte de direito em sentido político e jurídico, “sem a mediação da jurisprudência o direito não seria capaz de intervir onde existe o conflito e desenvolver o seu papel.” (PAZZOLO, Sussana. Neoconstitucionalismo como último desafio do positivismo jurídico..., p. 175).

⁴⁸⁵ Nesse sentido, Zagrebelsky alerta para o fato de que o legislador cria apenas parte do Direito, porém, sua esfera de atuação deve ser respeitada pelos juízes e pelo Tribunal Constitucional, pois, “Se esse direito não fosse respeitado, talvez teríamos um Estado mais constitucional, porém desde logo não um Estado Constitucional Democrático.” (**El derecho dúcil...**, p. 151).

⁴⁸⁶ A relação entre criação jurisprudencial do direito e vinculação do juiz à lei e à Constituição é esclarecida por Konrad Hesse ao afirmar que o conteúdo da Constituição é determinado com a incorporação da realidade, “Nesse sentido a interpretação constitucional tem caráter criativo: o conteúdo da norma interpretada só é completo com a sua interpretação; porém somente nesse sentido pode ter caráter criativo: a atividade interpretativa fica vinculada à norma.” (Interpretación Constitucional. In: **Escritos de Derecho Constitucional**. Tradução: Pedro Cruz Villalon. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1992, p. 41).

⁴⁸⁷ ZAGREBELSKY, Gustavo. **El derecho dúcil...**, p. 151. Nesse sentido, Sanchís observa que “A pluralidade de fontes é um golpe mortal para o Estado legislativo e obriga a rever a ideia de ordenamento jurídico como uma unidade hierarquizada para reconhecer que o Direito se reconstrói a partir da Constituição como expressão de um consenso material e procedimental que possibilita a convivência de várias concepções de justiça” (**Constitución y Positivismo...**, p. 37).

⁴⁸⁸ Como ensina Canotilho, o esclarecimento acerca da *pré-compreensão* da Constituição é fundamental a todo o trabalho de direito constitucional; trata-se de um requisito de honestidade intelectual. Afinal, a Constituição também é um conceito interpretativo e é preciso que se saiba de qual interpretação da Constituição parte o autor do trabalho. No entanto, deve-se ter claro que estabelecer uma pré-compreensão da Constituição “... não significa mero apelo a um conceito em moda. Pretende-se tornar claro que o investigador não pode se furtar a um conjunto de influências jurídicas e extrajurídicas, políticas e sociais, decisivamente condicionadoras da orientação do trabalho”. (CANOTILHO, Joaquim José Gomes. **Constituição Dirigente Vinculação do Legislador**. Coimbra: Coimbra Editora, 1994, p. 12). Portanto, importa saber *como* é a Constituição do Estado Democrático de Direito que se toma por referência.

incompleta, de modo que a sua definição só pode ser resultado de um processo dinâmico e aberto à construção e à revisão. Assim, o conteúdo constitucional está destinado a permanecer sempre em busca de maior determinação⁴⁸⁹. Somente a compreensão da constituição como norma suprema *aberta*, capaz de harmonizar passado, presente e futuro através de um *processo público* reconstrutivo, é adequada para um Estado que almeja conviver com a *democracia* e com o *constitucionalismo*.

Portanto, no Estado Democrático de Direito, a constituição deve ser compreendida como uma norma aberta a consensos e dissensos, como um espaço de possibilidades e alternativas, de modo que a minoria de hoje possa se tornar a maioria de amanhã⁴⁹⁰. Como ensina Zagrebelsky, a constituição na ciência jurídica contemporânea não é um produto acabado, mas em permanente construção: "... o direito constitucional é um conjunto de materiais de construção, porém, o edifício concreto não é a obra da constituição enquanto tal, senão de uma política constitucional que versa sobre as possibilidades de combinações desses materiais."⁴⁹¹ A constituição de sociedades plurais e democráticas não pode ser um projeto pré-determinado da vida em comum, mas deve ser um meio de realizar as condições para a vida em comum. Por isso, a constituição é a *plataforma de partida* para o desenvolvimento social, que deve ser realizado com respeito aos limites estabelecidos pelo *compromisso constitucional*⁴⁹².

Assim, a constituição como um espaço aberto ao desenvolvimento da vida política e social não possui conteúdos petrificados, possui natureza "incompleta e

⁴⁸⁹ ROSENFELD, Michel. **A identidade do sujeito constitucional...**, p. 23. Em virtude da constante indeterminação do *sujeito constitucional*, Rosenfeld explica que é bem mais fácil entender o que a *identidade do sujeito constitucional* não é do que entender o que ela é. Assim, prefere-se entender a identidade do sujeito constitucional mais como uma ausência do que como uma presença. Ou seja, percebe-se que no lugar onde se quer encontrar o fundamento de legitimidade para ordem constitucional, no *sujeito* e na *matéria constitucional*, existe um espaço vazio que possui pelo menos dois sentidos: "primeiramente, a ausência do sujeito constitucional não nega o seu caráter indispensável, daí a necessidade de sua reconstrução; e, em segundo lugar, o sujeito constitucional sempre envolve um hiato porque ele é inerentemente incompleto, e então, sempre aberto a uma necessária, mas impossível busca de completude. Consequentemente, o sujeito constitucional encontra-se carente de reconstrução, mas essa reconstrução jamais pode se tornar definitiva ou completa." (Ibidem, p. 26).

⁴⁹⁰ Assim, explica Häberle que a Constituição é um espaço concretizador do princípio da esperança idealizado pelo filósofo Ernest Bloch. (HÄBERLE, Peter. *Novos Horizontes e Desafios do Constitucionalismo*. In: **Revista de Direito do Estado**. Ano 2, nº. 6, abr./jul. Rio de Janeiro: Renovar, 2007, p. 67-86, p. 79).

⁴⁹¹ ZAGREBELSKY, Gustavo. **El derecho dúctil...**, p. 13.

⁴⁹² ZAGREBELSKY, Gustavo. Idem, p. 13.

inacabada”⁴⁹³, o que possibilita que conviva com o pluralismo⁴⁹⁴ e possa regular a vida ao longo das mudanças históricas. Como afirma Hesse que “Se a Constituição quer fazer possível a resolução de múltiplas situações críticas e historicamente cambiantes seu conteúdo deve permanecer necessariamente ‘aberto ao tempo’.”⁴⁹⁵ Esse entendimento é compartilhado por Harbermas ao defender que os Estados Democráticos de Direito exigem uma concepção de constituição que seja uma abertura para o futuro, de modo que a constituição seja democrática em seu conteúdo e também em sua fonte de legitimação. Assim, a constituição deve ser vista como um projeto que forma tradições a partir de um momento marcado na história, possibilitando que todas as gerações atualizem a sua substância normativa, dando continuidade ao evento fundador⁴⁹⁶.

Somente uma constituição com o “espírito aberto” é uma constituição voltada para o futuro, que viabiliza a institucionalização de experiências e deixa espaço para o desenvolvimento da história⁴⁹⁷. Assim, Häberle defende que a constituição deve ser lida com uma abertura ao futuro e uma retrospectiva ao passado. A história constitucional pode ser compreendida como uma “caixa de tesouros”, pois nela cada geração pode encontrar o ponto de partida para reconstruir a sua própria história com respeito aos compromissos mais profundos, assumidos pela sociedade⁴⁹⁸.

⁴⁹³ A Constituição não tem a função regulamentadora tal como a de um Código; a Constituição apenas regula as matérias relevantes para posterior determinação, ganhando mediante a intervenção do legislador ou do juiz (HESSE, Konrad. *Concepto y Cualidade de la Constitución*. In: **Escritos de Derecho Constitucional**. Tradução: Pedro Cruz Villalon. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1992, p. 17).

⁴⁹⁴ A abertura da norma constitucional é fundamental para a garantia do pluralismo político. Nesse sentido, é brilhante a afirmação de Sanchís “...nas sociedades atuais o pluralismo ideológico substituiu o monismo do Estado de Direito liberal burguês, e isso tem seu reflexo normativo na Constituição; agrade-nos ou não, hoje a liberdade individual não é um ‘supervalor’ a qual todos devem submeter-se, é apenas um valor que deve conjugar-se com outros, talvez somente a própria sobrevivência e a possibilidade de pluralismo sigam sendo um ‘supervalor’.” (SANCHÍS, Pietro. **Constitucionalismo y Positivismo**..., p. 36).

⁴⁹⁵ HESSE, Konrad. *Concepto y Cualidade de la Constitución*..., p. 18.

⁴⁹⁶ O Estado Democrático de Direito: uma amarração paradoxal de princípios contraditórios? In: **Era das Transições**. Tradução: Flavio Beno Seibeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003, p. 165.

⁴⁹⁷ **Pluralismo y Constitución**. Tradução: Emilio Mikunda Franco. Madrid: Tecnos, 2002, p. 88. Para um apanhado geral da obra de Peter Häberle e para a elucidação de diversos conceitos utilizados elaborados pelo autor alemão que serão utilizados neste trabalho, confira-se a obra **Conversas Acadêmicas com Peter Häberle**. Valadés, Diogo. (org). Tradução: Carlos dos Santos Almeida. São Paulo: Saraiva, 2009.

⁴⁹⁸ **Pluralismo y Constitución**..., p. 104-105.

Portanto, apesar de possuir uma identidade própria que conforma a sociedade, a constituição é condicionada historicamente⁴⁹⁹. A vontade da constituição não é imutável, mas uma vontade “estável combiante” conforme sua dinâmica interna e historicidade⁵⁰⁰, “... a concretização do conteúdo de uma norma constitucional, assim como a sua realização, só são possíveis incorporando as circunstâncias da realidade que essa norma está chamada a regular.”⁵⁰¹ Nesse sentido, a constituição pode ser compreendida como um produto *cultural*.

“A Constituição não é apenas um texto jurídico ou um conjunto de regras normativas, mas também a expressão de um estado de desenvolvimento cultural, meio da auto-representação cultural de um povo, espelho de sua herança cultural e fundamento de novas esperanças. Constituições vivas são obras de todos os intérpretes da Constituição da sociedade aberta, são, na forma e no conteúdo, muito mais expressão e veiculação da cultura, moldura para a (re)produção, recepção e memória de informações, experiências e vivências e mesmo sabedorias culturais transmitidas pela tradição.”⁵⁰²

Deste modo, se uma constituição aberta caracteriza-se por ser uma lei fragmentaria, indeterminada e carecida de interpretação: reconstrução e concretização⁵⁰³, a interpretação que concretiza essa constituição deve ser feita por uma *sociedade aberta* em momentos de *diálogo* e *conflitos*, de *continuidade* e *descontinuidade*, de *tese* e *antítese*. Por isso, Häberle defende uma constituição como *processo público* voltada para o futuro que deve partir “da ideia de formação e transformação”, presente de forma consciente em uma *sociedade aberta dos intérpretes da Constituição*⁵⁰⁴.

Contudo, a compreensão da constituição como um *processo público* tem limitações, sob pena de colocar em perigo a própria constituição, pois pode levar a uma excessiva *dinamização* do texto constitucional, violando os seus próprios

⁴⁹⁹ ROSENFELD, Michel. **A identidade do sujeito constitucional...**, p. 40.

⁵⁰⁰ HESSE, Konrad. Limites de la mutación constitucional. In: **Escritos de Derecho Constitucional**. Tradução: Pedro Cruz Villalon. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1992, p. 81-82.

⁵⁰¹ HESSE, Konrad. Concepto y Cualidade de la Constitución..., p. 28.

⁵⁰² HÄBERLE, Peter. Constituição “a partir da cultura” e Constituição “enquanto cultura”. In: **Uma Homenagem aos Vinte Anos da Constituição Brasileira**. SIQUEIRA, Julio Pinheiro Faro Homem da; TEIXEIRA Bruno Costa; MIGUEL, Paula Castello (coord.) Florianópolis: Fundação Boiteux, 2008, p. 95.

⁵⁰³ HESSE, Konrad. Concepto y Cualidade de la Constitución..., p. 27.

⁵⁰⁴ **Pluralismo y Constitución...**, p. 89.

fundamentos⁵⁰⁵. A constituição, como *proceso público*, não deve ser compreendida somente com o *espelho da realidade*, mas, especialmente, como uma sua fonte de luz, já que a sociedade enxerga com suporte na sua função diretiva⁵⁰⁶. Por essa razão, é o próprio Häberle quem afirma que “A Constituição, evidentemente, não significa somente ‘processos’, mas dispõe de momentos essenciais de constância como ‘ordenamento marco’, sobretudo com referência ao ordenamento jurídico funcional básico.”⁵⁰⁷

A abertura da constituição não deve levar a sua dissolução na dinâmica da vida social ao ponto de a constituição tornar-se incapaz de promover a sua regulação. Por isso, a constituição não é apenas um texto aberto, mas um texto aberto que indica com força vinculante as premissas que *não* estão abertas, isto é, os fundamentos da constituição, os direitos fundamentais e a estrutura do Estado democrático⁵⁰⁸. Assim, é importante perceber que a interpretação da história constitucional como processo de aprendizagem pelas gerações posteriores deve partir do mesmo ponto de partida dos fundadores. Nessa linha, ensina Habermas que “Apesar da distância todos os participantes têm que estar em condições de reconhecer o projeto como sendo o mesmo que perdura, através de séculos, e serem capazes de avaliá-lo dentro da *mesma perspectiva*”⁵⁰⁹.

⁵⁰⁵ Esse é o temor de Canotilho, ao dizer que a Constituição como *proceso público* “apresenta um déficit normativo clamoroso, quer porque retira a normatividade da Constituição para lançar no existencialismo actualizador do pluralismo, quer porque a diminuição do conteúdo material de uma lei fundamental por simples aberturas processuais é uma ‘teoria perdida no pluralismo’. Dissolve a normatividade na política a pretexto da abertura e do pluralismo, e chega quase à conclusão de que o processo de legiferação constitucional e a interpretação constitucional são uma e a mesma coisa.” (**Constituição Dirigente e Vinculação ao Legislador**, p. 98). No mesmo sentido, Gilmar Mendes, Inocêncio Martins Coelho e Paulo Branco alertam que a concepção de Constituição como *proceso público* é *fascinante*, contudo a abertura dinâmica que a proporciona coloca em sério risco a normatividade e a função estabilizadora da Constituição. (**Curso de Direito Constitucional**. 2ª. ed. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 8).

⁵⁰⁶ HÄBERLE, Peter. **Hermenêutica Constitucional**. A sociedade aberta dos intérpretes da Constituição. Tradução Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 2002, p. 33-34.

⁵⁰⁷ A possibilidade de compreender a constituição como *proceso público* capaz de promover um verdadeiro equilíbrio entre a permanência e a mudança é comprovada pela história constitucional norte-americana, que “nos permitirá perceber um ‘intermitente’ câmbio entre permanência e transformação enquanto rol do público (sobretudo, desde o ponto de vista do influxo que exerce a opinião pública sobre a alta esfera da judicatura constitucional através do lema *The Supreme Court follows the election*)”. (**Pluralismo y Constitución...** p. 99).

⁵⁰⁸ HESSE, Konrad. Concepto y Cualidade de la Constitución..., p. 19.

⁵⁰⁹ O Estado Democrático de Direito: uma amarração paradoxal de princípios contraditórios?..., p. 166.

Por isso, a possibilidade de reconstrução da constituição não elimina a sua natureza rígida⁵¹⁰. Rigidez e mobilidade do texto constitucional não são alternativas, mas formas de garantir que a constituição possa cumprir seu objetivo. A rigidez não é uma garantia de justiça⁵¹¹ e não pode ser um obstáculo ao movimento natural dos processos históricos. Ou a constituição acolhe, dentro de seus limites, as alterações provocadas pelo tempo, ou elas ocorrem à margem da constituição, tornando-a uma constituição simbólica⁵¹² ou nominal⁵¹³. Também não se pode permitir que as transformações eliminem a qualidade estabilizadora da constituição, desrespeitando seus preceitos vinculantes, sob pena de a constituição fracassar na sua tarefa de ordem fundamental da comunidade e do Estado⁵¹⁴. Assim, o que é possível são *mutações constitucionais*, ou seja, a alteração de sentido da aplicação da norma constitucional aberta que respeita os fundamentos da Constituição⁵¹⁵.

⁵¹⁰ A Constituição norte-americana é rígida, nem por isso ficou parada no tempo. Sobre flexibilização da rigidez constitucional na história dos EUA, confira-se VILHENA, Oscar Viera. **A Constituição e sua reserva de justiça...**, p. 69-86.

⁵¹¹ Nesse sentido, afirmou Dieter Grimm em **Constitucionalismo y Derechos Fundamentales**. Tradução: Raúl Sans Burgos. Madrid: Trotta, 2006. p. 224.

⁵¹² “Enquanto as constituições simbólicas ou carentes de eficácia são relativamente insensíveis às mudanças sociais, já que estas frustram a expectativa normativa, a mudança social expõe as constituições efetivas e normativas a fortes tensões.” (GRIMM, Dieter. **Constitucionalismo y Derechos Fundamentales...**, p. 37). Sobre a Constituição simbólica, é indispensável a leitura de NEVES, Marcelo. *Constituição Simbólica*. São Paulo: Academia, 1994.

⁵¹³ LOEWSTEIN, Karl. **Teoría de la Constitución**. Tradução: Alfredo Gallego Anabitarte. Barcelona: Ariel, 1976, p. 218.

⁵¹⁴ HESSE, Konrad. *Concepto y Cualidade de la Constitución...*, p. 23. Nesse sentido, Canotilho explica que existem duas dimensões que são fundamentais para qualquer texto constitucional: *pretensão de estabilidade*, já que a norma jurídica é fundamental, e *pretensão de dinamicidade*, uma vez que é preciso que a própria Constituição forneça aberturas para mudanças que se deem no dentro de processo político. Nesse sentido, o autor defende a relativização da classificação de constituições em rígidas e flexíveis: “Constituição implica, como ‘ordem jurídica fundamental’, a ideia de *estabilidade* e *rigidez*, designadamente quanto às suas dimensões estruturantes ou ao seu ‘núcleo duro’(...). Por outro lado, (...), o *futuro* é uma tarefa indeclinável da constituição, devendo por isso a lei constitucional fornecer aberturas para captar a dinamicidade da vida política e social.” (**Teoria da Constituição e Direito Constitucional...**, p. 1417). Canotilho adverte, no entanto, que toda a concepção de constituição como uma *ordem aberta* deve ser complementada pela noção de constituição como *ordem quadro*, “uma *ordem fundamental* e não um *código constitucional* exaustivamente regulador. (...) Há que reconhecer, porém, que a constituição é sempre um *processo político* que se desenvolve hoje numa *sociedade aberta* ao pluralismo social, aos fenômenos organizativos supranacionais e à globalização econômica. Sendo assim, a ordem-quadro fixada pela constituição é necessariamente uma ordem *parcial* e *fragmentária* carecida de uma *atualização concretizante*, quer do ‘legislador’ (interno, europeu ou internacional) quer através de esquemas de regulação ‘informais’, ‘neocorporativos’, ‘concertativos’, ou ‘processualizados’ desenvolvidos a nível de vários subsistemas sociais (econômico, escolar, profissional e desportivo)”. (Ibidem, p. 1418).

⁵¹⁵ HESSE, Konrad. *Concepto y Cualidade de la Constitución...*, p. 24. A prática interpretativa da Constituição realizada pelo STF constrói e reconstrói o seu significado, por isso, é

Portanto, a força normativa da Constituição só é garantida quando existe possibilidade de concretização dos seus conteúdos. Os preceitos constitucionais só possuem força normativa quando tem conexão com as circunstâncias históricas:

“Quando a Constituição ignora o estado de desenvolvimento espiritual, social, político ou econômico do seu tempo, se vê privada de um imprescindível germe de força vital, resultando incapaz de conseguir que realize o estado por ela disposto em contradição com o dito estado de desenvolvimento.”⁵¹⁶

Nesse sentido, Hesse explica que a força normativa da Constituição está na sua capacidade de se comunicar com a dinâmica social de cada época⁵¹⁷. De nada vale uma constituição que não interage com a sociedade. A constituição democrática deve ser um espaço aberto ao diálogo e ao debate que se transforma junto com a sociedade na constante reflexão e interpretação acerca do seu conteúdo. Assim, a concepção de constituição como *processo público* que visa acompanhar a dinâmica social sem se perder sua normatividade parece ser o melhor caminho para as sociedades democráticas e para a preservação do pluralismo. Não é demais reafirmar que constituição como *processo público* não elimina a sua normatividade, podendo funcionar como um mecanismo para reafirmá-la, uma vez que a constituição que realiza um diálogo público não é esquecida nem ignorada, mas efetivamente vivenciada em meio à tensão entre permanência e transformação.

Essa maneira de compreender a constituição dá ensejo a uma nova Teoria da Constituição que busca combinar *normatividade* e *realidade*. Trata-se da teoria reconstrutivista da constituição, que como explica Souza Neto, não aceita nem as teorias normativas da constituição (Kelsen) nem as teorias que concebem a

possível afirmar que a Constituição de 1988 não possui o mesmo significado que a Constituição de 2009. A interpretação pode constituir, assim, em uma forma de mudança *informal* da Constituição, fenômeno conhecido como *mutação constitucional*. (Enzo Bello. Neoconstitucionalismo(s), Mutação Constitucional e o Papel do STF: uma análise à luz da democracia deliberativa. In: **Teoria Constitucional Contemporânea e seus impasses**. _____, José Ribas Vieira, Wanda Claudia Galluzzi Nunes. (org). Rio de Janeiro: Cadernos de Estudos Constitucionais do Programa de Pós-Graduação em Direito PUC/RJ, Ano XI, nº. 1, 2005, p. 62) Um bom exemplo do papel construtivo e (re)construtivo exercido pelo Supremo Tribunal Federal diante do texto da Constituição de 1988 é a interpretação concedida ao art. 5º, inc. LXXI que institui o direito fundamental ao mandado de injunção. Durante anos, a interpretação concedida pelo STF extraía do texto do art. 5º, inc. LXXI uma norma que se sustentava, essencialmente, na interpretação clássica do princípio da separação de poderes, impedindo a sua plena efetividade. Contudo, a partir do julgamento dos MIs nºs. 670, 708 e 712 a interpretação do mesmo dispositivo reconstruiu o significado da norma garantidora do *mandado de injunção* possibilitando que fosse alcançando seu propósito. Sobre mutação constitucional na doutrina nacional, ver, por todos, BULOS, Uadi Lammêgo. **Mutação Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 1997; FERRAZ, Anna Cândida da Cunha. **Processos Informais de Mudança da Constituição**. São Paulo: Max Limond, 1986.

⁵¹⁶ HESSE, Konrad. Concepto y Cualidade de la Constitución..., p. 26.

⁵¹⁷ HESSE, Konrad. Idem, Ibidem, p. 26.

constituição em termos sociológicos (Lassale), políticos (Schmitt) ou econômicos (Marx), ou seja, que veem a constituição a partir da realidade social⁵¹⁸. Contudo, o reconstitutivismo não ignora as teorias anteriores, como a história, toda a nova proposta sobre a concepção de constituição é feita de rupturas e continuidades. Assim, tal como as teorias que compreendem a constituição na dimensão política ou sociológica, o reconstitutivismo considera que os dispositivos constitucionais só ganham normatividade quando inseridos no contexto, na realidade social. Porém, como a constituição não é “reflexo da realidade”, ela seleciona os pressupostos normativos da realidade que dão coerência e integridade à constituição. Como explica Souza Neto, “Uma teoria constitucional reconstitutiva propugna pelo inventário dos pressupostos normativos que subjazem às práticas sociais e pela crítica às dimensões dessas práticas que sejam com eles incoerentes.”⁵¹⁹

A proposta reconstitutivista descreve a constituição tendo em vista o pluralismo, assim, busca reconstruí-la através das tradições políticas e jurídicas que sustentam o núcleo material da constituição, ou seja, através de prescrições das tradições políticas e jurídicas que justificam o Estado Democrático de Direito. O esforço reconstitutivista busca nos fundamentos da democracia constitucional as orientações adequadas para a interpretação das normas constitucionais, que em sua função da sua textura aberta só serão determinadas de modo compatível com o Estado Democrático de Direito se interpretadas a partir de seus vetores. Para o

⁵¹⁸ O reconstitutivismo também busca superar as teorias prescritivas e descritivas da Constituição. Assim, rejeita as teorias que prescrevem a Constituição ideal e sua justificação racional como as teorias do constitucionalismo clássico que entendem que a Constituição é composta por certos elementos, como direitos individuais e separação de poderes, delimitando o público e o privado, tal como faz o art. 16 da Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão ao propor o modelo ideal de Constituição que não precisa se positivada porque justificadas racionalmente. Também não aceita as teorias que visam apenas a uma descrição objetiva da Constituição sem indicar o seu conteúdo ideal, como as que surgem no final do séc. XIX e início do séc. XX sob a influência do positivismo jurídico sugerindo que a teoria da constituição não pode indicar os seus conteúdos ideais, deve ser essencialmente objetiva e descritiva. Daí o esforço de Kelsen em construir uma Teoria Pura do direito, tratando da ordem jurídica de forma objetiva e desvinculada de qualquer valor. A teoria reconstitutiva não se insere em nenhum desses modelos, mas oferece uma nova proposta a partir de seus elementos, isto é, busca combinar a “prescrição” do constitucionalismo clássico, com “descrição” das teorias constitucionais positivistas. (SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. A Teoria Constitucional e seus lugares específicos: notas sobre o aporte reconstutivo. In: **Revista de Direito do Estado** nº. 01, Ano 1, jan./mar. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 90-94).

⁵¹⁹ SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. **Teoria Constitucional e Democracia Deliberativa...**, p. 211.

reconstrutivismo, a interpretação da constituição não deve ser feita conforme a realidade, mas de acordo com os requisitos normativos que a legitimam⁵²⁰.

A passagem para o Estado Democrático de Direito alterou significativamente as premissas do constitucionalismo e abriu as portas para uma nova forma de enxergar a constituição⁵²¹. Percebe-se que manter a Constituição em permanente reconstrução é vital para o constitucionalismo das sociedades democráticas marcadas pelo pluralismo. Essas alterações levaram Canotilho a afirmar que o direito constitucional deixou de ser uma *disciplina dirigente* para ser uma *disciplina dirigida*, ou seja, uma disciplina que ao invés de guiar é guiada por paradigmas conceituais. Assim o direito constitucional deixou de estabelecer os programas de forma rígida para ser um indicativo flexível e reflexivo em razão do reconhecimento da abertura da constituição, que mantém suas normas em permanente reconstrução⁵²².

“Se outrora (na Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão) se entendia que uma sociedade que não tivesse separação de poderes e garantia de direitos não tinha uma Constituição, hoje poderá afirmar-se como K. U. Preuss que **só haverá direito constitucional com força normativa quando a sociedade possuir uma estrutura constitucional que se confronte com ela própria mediante formas institucionais apropriadas e processos regulados por normas de adaptação, resistência e autocorreção. A complexidade e contingência das sociedades assentes em sistemas sociais diferenciados postula, assim, a reescritura permanente das regras constitucionais com base na experiência e em aprendizagens, e não com recurso a**

⁵²⁰ SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. Idem, p. 211-212.

⁵²¹ As premissas do novo constitucionalismo estavam presentes no pensamento constitucional que inspirou a Constituição de 1988: “Uma Constituição não é, nem pode ser, a pré-moldagem da sociedade civil, mas sim o enunciado de modelos jurídicos abertos capazes de propiciar-lhe meios e modos para superar inevitáveis conflitos econômicos, políticos ou culturais através do livre jogo dos interesses e das ideias conforme as futuras opções soberanas do eleitorado. Não é, pois, um rol de soluções compulsórias, mas a garantia de soluções a serem livremente alcançadas na concretude da experiência social, através do debate crítico dos programas políticos e das aspirações de todas as categorias coletivas. Desse modo, quando o legislador substitui o povo, impondo-lhe normas rígidas e bloqueando o processo de livre construção de seu próprio caminho, caímos no ‘holismo’, uma das mais nocivas formas de autoritarismo, e porta aberta ao totalitarismo.” (REALE, Miguel. **Liberdade e Democracia...**, p. 18). Nesse sentido, o autor adverte que a elaboração da Constituição de 1988 não poderia cair na tentação de resolver tudo, alertando que a durabilidade das normas constitucionais depende do estabelecimento de “parâmetros de ações lícitas, ética e economicamente aconselháveis, segundo um modelo jurídico aberto”, sem pretender antecipar as decisões que devem ser tomadas no futuro. A Constituição de 1988, contudo, não seguiu exatamente esse caminho, apresentado uma regulamentação excessiva em algumas matérias. Porém, isso não quer dizer que não seja uma Constituição aberta, muito pelo contrário, a Constituição dispõe de abertura nas disposições que asseguram os princípios e direitos fundamentais e, inclusive, de forma explícita no art. 5º, § 2º. Uma análise mais detida da Constituição de 1988 será retomada no item 3.1.

⁵²² O Direito Constitucional na Encruzilhada do Milênio. De uma disciplina dirigida para uma disciplina dirigente. In: **Brançosos e Interconstitucionalidade. Itinerário dos Discursos sobre a historicidade constitucional**. Coimbra: Almedina, 2006, p. 183-190.

integracionismos ético-sociais, unitarismo político e à homogeneização dos cidadãos.⁵²³ (grifou-se)

Não há dúvidas de que a jurisdição constitucional desempenha um papel de extrema relevância quando se assume a perspectiva do novo constitucionalismo e uma concepção de constituição como uma *norma aberta em constante reconstrução mediante um processo público de interpretação*. Contudo, o desafio que surge é encontrar o ponto de equilíbrio da jurisdição constitucional, para que no desenvolvimento da atividade interpretativa, que como visto é também inevitavelmente uma atividade reconstrutiva, ela não invada a esfera democrática. Portanto, o desafio da jurisdição constitucional do Estado Democrático de Direito é interpretar a constituição em conexão com a realidade social sem descuidar da sua normatividade, fortalecendo os ideais do constitucionalismo e da democracia e promovendo uma reconstrução democrática da constituição.

1.5.2 Para além da democracia representativa: a noção de *democracia deliberativa*

O que *deve ser* a democracia em um Estado Democrático de Direito? Essa é a questão fundamental que se busca responder neste momento. Desde a Grécia Antiga, é unânime a ideia de democracia como *governo do povo*. Por trás dessa expressão genérica, filósofos dos mais distintos períodos da história – Aristóteles, Rousseau, Hannah Arendt e Habermas, por exemplo –, sempre tiveram em mente que a democracia como *governo do povo* é o regime de governo que preza pela igualdade e pela autonomia pública, de modo que todos os cidadãos tenham livre acesso à esfera pública de decisão e sejam governados por leis que se legitimam pela sua participação no processo decisório. Portanto, ao longo de mais de dois mil anos de história, o ideal político substantivo que compõe o coração do conceito de democracia mantém-se firme e intacto.

O que variou durante esse período é a forma de realização do ideal democrático, isto é, os procedimentos através dos quais as sociedades buscam concretizar a igualdade e a autonomia pública do cidadão. Enquanto as *polis* gregas perseguiram o ideal democrático através de procedimentos da democracia direta, a

⁵²³ O Direito Constitucional na Encruzilhada do Milênio..., p. 196.

impossibilidade de colocar todos os cidadãos na esfera pública para que decidam os rumos da sociedade conduziu a adoção de novos procedimentos para implementação dos valores democráticos nas sociedades modernas. O sistema representativo foi a solução adotada de forma unânime por todas as democracias modernas, especialmente, em virtude do surgimento das sociedades de massas, nas quais se generalizou a ideia de que o cidadão moderno não teria nem tempo nem interesse para participar da gestão pública, de modo que seria melhor que as decisões fossem tomadas por representantes eleitos mediante o voto, ou seja, pela agregação das preferências privadas da maioria. O debate e a argumentação realizados na esfera pública grega foram reduzidos aos Parlamentos nas democracias modernas.

Assim, contemporaneamente, se for dito que uma sociedade é democrática quando o *povo é livre e soberano*, está garantido o *sufrágio universal* e as decisões públicas são tomadas por governantes eleitos através de *eleições periódicas* que se pautam pelo *princípio majoritário*, parece não haver dissensos⁵²⁴. Embora tenha sido justamente esse modelo democrático que estava nas bases dos regimes totalitários, ainda se acredita que esses são os melhores procedimentos para a garantia dos ideais democráticos em sociedades de massa, para a garantia da autonomia pública e para a igualdade dos cidadãos. Contudo, a *democracia representativa* é cada vez menos capaz de concretizar os ideais democráticos⁵²⁵. A dificuldade de fazer com que a vontade do representante reflita a vontade de seu eleitor já havia sido denunciada na década de 20 por Carl Schmitt e vem persistindo mesmo depois das

⁵²⁴ NEGELIUS, Joakim. Derecho y Democracia. **DOXA. Cadernos de Filosofia del Derecho** nº. 8, 1990, p. 309-310. Disponível em: <http://www.cervantesvirtual.com/portal/DOXA/cuadernos.shtml>. Acesso em 09.ago.2009. Nesse mesmo trabalho o autor chama a atenção para o uso “ampliado” do termo democracia, isto é, que o termo democracia tem sido utilizado em situações que não possuem conexão com a ideia de *governo do povo*, tal como nas referências à democracia laboral, econômica e familiar. (Ibidem, p. 317-318). A disseminação de relações democráticas pela sociedade também é observada por Norberto Bobbio, que afirma que a sociedades caminharam “Da democratização do Estado à democratização da sociedade.” (Democracia Representativa e Democracia Direita. In: **O Futuro da Democracia**. Tradução: Marco Aurélio Nogueira, 8ª. ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 2002, p. 67). Ainda, a ampliação do espaço democrático nas sociedades *pós-industriais* é destacada por Allan Touraine. Em **O que é democracia?** Tradução: Guilherme João de Freitas Teixeira. 2ª ed. Petrópolis: Vozes, 1996, p. 154-155.

⁵²⁵ Paulo Bonavides fala em “instrumentalização” da ideia de identidade democrática, no sentido de que cada vez menos os representantes servem à vontade popular. (**Ciência Política...**, p. 218).

consequências que esse modelo procedimental de democracia acarretou no séc. XX⁵²⁶.

Entre os motivos que levaram à crise da democracia representativa poderiam ser listados fatores como, por exemplo, o sucessivo descumprimento dos programas políticos e das propostas eleitorais, a corrupção e a impunidade que toma conta da classe política e conduz à ausência de sua credibilidade, a incapacidade dos métodos políticos tradicionais de darem respostas aos problemas da sociedade complexa, a ausência de canais de comunicação entre os eleitores e seus representantes⁵²⁷, a substituição da política pela economia, a criação de uma *cidadania bloqueada*⁵²⁸, a substituição de cidadãos por consumidores⁵²⁹ e a ausência de uma mídia independente e imparcial.

⁵²⁶ Na obra *A crise da democracia parlamentar* faz uma severa crítica ao parlamentarismo que impressiona por sua atualidade. A crise do sistema parlamentar é identificada por Schmitt a partir do momento em que o parlamento não se funda mais no princípio da discussão, o que ocorreu com o advento da democracia de massas, quando a discussão reduziu-se a uma mera formalidade que poderia ser preenchida com qualquer coisa, inclusive e especialmente, com a negociação. Na negociação não se tem grupos com posições divergentes e conflitantes passíveis de discussão e capazes de produzir uma discussão política. Tem-se grupos econômicos que negociam interesses privados e que não estão preocupados com os argumentos, mas com os negócios que podem fechar. Às massas restam apenas serem seduzidas pelas propagandas que vendem seus interesses e paixões imediatas. Perante essas constatações Schmitt afirma que na crise do sistema parlamentar “...não se trata mais de convencer o opositor a uma verdade ou de uma atitude correta, mas sim de conquistar a maioria para exercer o poder por meio dela.” Portanto, para Schmitt o parlamento perdeu sua essência – a discussão pública e transparente – quando encontrou a democracia de massas. (**A Crise da Democracia Parlamentar**. Tradução: Inês Lohbauer. São Paulo: Scritta, 1996, p. 8).

⁵²⁷ Para Gargarella, o problema do sistema representativo atual é que ele ainda está pautado nos pressupostos do séc. XVIII, de modo que sua crise é resultado de um sistema político que não possibilita a comunicação dos que estão no poder com aqueles que deram às bases para que o poder fosse alcançado. (*Crise de Representación y Constituciones Contramayoritarias...*, p. 107).

⁵²⁸ De acordo com Boaventura de Sousa Santos, uma sociedade é dotada de uma *cidadania bloqueada* quando a esmagadora maioria dos cidadãos não reúne as três condições mínimas para participação: (i) sobrevivência garantida, (ii) uma liberdade mínima que possibilite o voto livre, (iii) acesso à informação (**Renovar a teoria crítica e reinventar a emancipação social**. Tradução: Mouzar Benedito. São Paulo, 2007, p. 92).

⁵²⁹ Para Alain Touraine, a cidadania democrática enfraqueceu porque muitos homens hoje se sentem mais consumidores do que cidadãos, mais cosmopolitas do que nacionais, ou porque estão marginalizados do jogo democrático, o que favorece que a democracia possa ser excluída tanto de cima para baixo – por um poder autoritário – quanto de baixo para cima – pelo caos, pela violência e pela guerra civil ou por partidos que não representam os interesses da população, mas de grupos políticos e econômicos (**O que é democracia?**... p. 18) No mesmo sentido, Zygmunt destaca que à medida que a política foi substituída pela economia, que o Estado foi substituído pelas multinacionais e o cidadão por consumidores, não se consegue vislumbrar um espaço propício para o resgate do político como instrumento de resolução de conflitos. O poder que era típico do político foi transportado para o plano da economia internacional, a qual não tem interesse nos problemas mais intrínsecos da dignidade humana. (**Em busca da política**. Tradução: Marcus Penchel. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 2000, p. 74).

Com isso, o regime democrático deixa de cumprir a sua principal função: a garantia da liberdade do povo mediante a viabilização da autonomia pública. Um povo que não se sente representado e não decide seu próprio destino, perde sua liberdade e torna-se refém da vontade de seus representantes. Logo, compreender democracia como um conceito mínimo⁵³⁰, pautado pelo sufrágio universal, eleições periódicas e decisões majoritárias, exclusivamente, já não satisfaz as exigências de igualdade, inclusão, imparcialidade e autonomia pública que estão no centro do conceito de democracia. Desse modo, pode-se dizer que o procedimento representativo parece não estar alcançando o seu fim.

Porém, é preciso observar que talvez o maior problema da democracia representativa não esteja nos seus procedimentos, mas na identificação dos seus procedimentos com a sua finalidade. Não é porque se adota um sistema democrático representativo que os ideais democráticos estejam sendo realizados. Uma coisa não leva, necessariamente, a outra. Como explica Robert Post, “É um erro grave confundir democracia com procedimentos de tomada de decisão, e deixar de lado a identificação dos valores essenciais que a democracia como uma forma de governo busca implementar.”⁵³¹ A autonomia é essencial à democracia, pois está ligada à prática da autodeterminação pela qual o povo se autogoverna. No entanto, a ideia abstrata de autodeterminação que os procedimentos representativos querem passar tem se mostrado insuficiente, é preciso que o povo tenha convicção de que está se autogovernando, ou seja, é preciso que sinta que a decisão pública é reflexo

⁵³⁰ Para Robert Dahal, todas as teorias da democracia partem de um conceito mínimo que “... diz respeito a processos através dos quais cidadãos comuns exercem um grau relativamente alto de controle sobre seus líderes” (**Um prefácio à teoria democrática**. Rio de Janeiro: Zahar, 1989, p. 11). Já para Norberto Bobbio, o conceito mínimo de democracia envolve três elementos: *i*) que os cidadãos participem da tomada de decisões coletivas, *ii*) que os procedimentos sejam pautados pela regra da maioria e *iii*) que os cidadãos chamados a decidir tenham mais de uma opção a escolher. De acordo com o autor, esse último requisito demarca a necessidade de que sejam garantidos direitos de liberdade como pré-condições à democracia. Por isso, afirma que as normas constitucionais que garantem direitos fundamentais de liberdade não são as regras do jogo democrático, mas uma pré-condição para o jogo democrático. Assim, o autor afirma que “O Estado liberal é o pressuposto não só histórico, mas jurídico do Estado democrático (...) A prova dessa interdependência está no fato de que Estado liberal e Estado democrático, quando caem, caem juntos” (**O Futuro da Democracia**. In: **O Futuro da Democracia**. Tradução: Marco Aurélio Nogueira, 8ª. ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 2002, p. 32-33). Ainda, para Canotilho, um conceito mínimo de democracia caracteriza-se por garantir a participação de um elevado número de cidadãos na discussão política, por decisões tomadas com a regra da maioria, com alternativas reais de escolha e com a garantia de direitos de liberdade e participação política (**Direito Constitucional e Teoria da Constituição**..., p. 1400).

⁵³¹ POST, Robert. Democracia e Igualdade. In: **Revista de Direito do Estado**. Rio de Janeiro: Renovar. Ano 1, nº. 03. jul./set, 2006, p. 4.

da sua opinião⁵³², requisito fundamental para a democracia que o sistema representativo tem sido incapaz de cumprir.

Em virtude disso, é preciso encontrar um modelo democrático que otimize os postulados democráticos, recuperando as *democracias de baixa intensidade*⁵³³. Essa exigência, no entanto, não implica descartar os procedimentos representativos, que são fundamentais para as sociedades contemporâneas. Mas, é preciso reconhecer sua crise e insuficiência mediante a proposição de novos procedimentos democráticos que sejam capazes de abrir a esfera pública de decisão para a participação democrática dos novos sujeitos históricos das sociedades plurais, que não são mais aqueles sujeitos individuais abstratos do liberalismo burguês, mas “... sujeitos coletivos que gravitam agora em torno de questões de natureza urbana, rural, étnica, religiosa, estudantil, ambiental, feminista e etc.”⁵³⁴ O espaço político unificado e homogêneo da democracia representativa deve ser complementado por uma diversidade de práticas participativas conduzidas pelos novos sujeitos coletivos. Nesse espaço, a cidadania não é mais “regulada” nem “concedida” pelo Estado, é “conquista, construção, exercício cotidiano e prática social.”⁵³⁵ Portanto, é preciso combinar representação e participação⁵³⁶.

Essa é a linha seguida por diversos teóricos da democracia desde a década de 80. Preocupados em desenvolver procedimentos mais adequados para a realização dos valores substanciais da democracia, muitos teóricos vêm propondo um novo modelo procedimental de democracia que ficou conhecido como

⁵³² POST, Robert. Idem, 4-5.

⁵³³ Boaventura defende a existência de uma concepção hegemônica de democracia que prevaleceu boa parte do séc. XX que está assentada em ideias como a valorização da apatia política (Downs e Schumpeter). “Quanto mais se insiste na fórmula clássica da democracia de baixa intensidade, menos se consegue explicar o paradoxo da extensão da democracia ter trazido consigo uma enorme degradação das práticas democráticas.” (**Renovar a Teoria Crítica e Reinventar a Emancipação Social...**, p. 42).

⁵³⁴ WOLKMER, Antonio Carlos. **Ideologia, Estado e Direito**. 4ª ed. São Paulo: RT, 2003, 96.

⁵³⁵ WOLKMER, Antonio Carlos. Idem, p. 98.

⁵³⁶ A complementaridade entre democracia representativa e democracia participativa é defendida por Boaventura de Sousa Santos e Leonardo Avritzer. A democracia representativa seria mais apropriada pelas relações de nível nacional, enquanto a democracia participativa para as relações locais. Não se compartilha totalmente com essa ideia, uma vez que a democracia participativa poderia se também em nível nacional nas diversas instâncias de Poder, desde a intensa participação nas audiências públicas realizadas pelo legislativo, executivo e judiciário. (Para ampliar o cânone democrático. In: **Democratizar a Democracia. Os caminhos da democracia participativa**. SANTOS, Boaventura de Sousa (org.) 2ª. ed. Rio de Janeiro: Civilização brasileira, 2003, p. 75).

*democracia deliberativa*⁵³⁷. Em essência, a proposta da democracia deliberativa é que as decisões públicas sejam tomadas em debates racionais em que todos os indivíduos são livres e iguais, a fim de que as decisões sejam dotadas de maior imparcialidade e legitimidade.

É preciso ressaltar desde logo que a democracia deliberativa não é um sinônimo de democracia participativa⁵³⁸. A deliberação é uma forma democrática de decidir, enquanto a participação refere-se a mecanismos e instrumentos de decisão. Assim, para a democracia deliberativa de nada vale poder decidir sem poder pensar, debater e refletir, ou seja, na concepção deliberativa a decisão consciente só substituiu o voto de cabresto quando à decisão é precedida por uma ampla discussão, na qual todos participam de forma livre e igual. Assim, a deliberação busca a revitalização da democracia.

A democracia participativa pode ser considerada uma das alternativas que a deliberativa pode encontrar para fomentar o debate público, mas de nada adiantará a participação se não houver entre os cidadãos o debate e a reflexão em um ambiente de liberdade, informação e igualdade. A democracia participativa, pode, nesse caso, servir apenas para legitimar desmandos, basta lembrar de que instrumentos como o plebiscito e os referendos são amplamente utilizados para obter decisões que vão na contramão da democracia, como aconteceu em episódios recentes na Venezuela e Bolívia.

⁵³⁷ Como explica Elster, a democracia deliberativa não é novidade, está apenas renascendo. Sua proposta fundamental – a deliberação pública – já era defendida por Péricles e Aristóteles na Grécia Antiga, tendo reaparecido com John Stuart Mill no séc. XIX e, finalmente, renovado-se no pensamento de John Rawls e Jürgen Habermas a partir da década de 70. (Introduction. In: **Deliberative Democracy**. Jon Elster (ed.). Cambridge: Cambridge University Press, 1998, p. 01-05). Bianca Stamato relata que a expressão *democracia deliberativa* apareceu pela primeira vez em um artigo publicado em 1988 por Joseph Bessette denominado “Deliberative Democracy: The principle in republican government”, embora os fundamentos da ideia de democracia deliberativa já estarem presentes na “The Legitimation Crisis of the Late Capitalism” publicada em 1975 por Jürgen Habermas. (**Jurisdição Constitucional**..., p. 173).

⁵³⁸ De acordo com Ricardo Lobo Torres, a democracia, no seu aspecto funcional, pode ser dividida em: “a) democracia participativa – é a que, fundada na cidadania ativa, procura a afirmação dos direitos sociais. Tem sido a forma de reivindicação social corrente utilizada pelos socialistas e sociais-democratas, por oposição à democracia liberal e representativa, e b) democracia deliberativa – fundada no caráter dialógico do direito atual, visa a estabelecer, pelo discurso entre os membros da sociedade, o consenso sobre a distribuição de bens. Caminha para a justiça procedimental e para a afirmação dos direitos na via do processo legislativo e orçamentário, ou, nos casos de conflito, na via judicial.” (TORRES, Ricardo Lobo. A metamorfose dos direitos sociais no Brasil. In: **Direitos Fundamentais Sociais**: Estudos de Direito Constitucional, Internacional e Comparado. SARLET, Ingo Wolfgang (org.). Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 20-21).

Outra importante advertência é que a democracia deliberativa não rejeita as eleições periódicas, o sufrágio universal e as decisões tomadas através do processo majoritário, elementos democráticos essenciais para as sociedades democráticas contemporâneas. No entanto, para os teóricos da democracia deliberativa, democracia não é só eleição. Uma sociedade não pode ser considerada democrática tão-somente por adotar mecanismos de agregação de interesses ou preferências individuais. Por isso, quer-se que a agregação seja complementada pela deliberação democrática. É preciso notar que toda a agregação é precedida de um debate público, assim, se os resultados do processo agregativo têm sido insatisfatórios, o que precisa ser repensado não é apenas o método agregativo, mas o debate que o precede⁵³⁹.

Antes de traçar as características gerais do modelo deliberativo, é necessária uma ressalva: como explica Sartori, hoje há pouca correspondência entre *o que é democracia* e *o que a democracia representa*. Em outras palavras, há uma incompatibilidade entre o nome do regime de governo e o que o governo é na realidade. Por essa razão, Sartori ensina que a literalidade da palavra democracia não ajuda a entender o que é a democracia hoje, porém, esse fato não pode levar à compreensão da democracia como um rótulo vazio. Existe um sentido *prescritivo* carregado pelo rótulo “democracia” que é tão importante quanto à função *descritiva* que esse rótulo exerce. A democracia não é somente a *descrição* de um sistema de governo, sua ideia carrega um ideal deontológico que requer a compreensão de que “O que a democracia é, não pode ser separado do que a democracia deve ser. Uma democracia só existe à medida que seus ideais e valores dão-lhe existência.”⁵⁴⁰ Assim, o rótulo democracia é importante porque prescreve os valores e os ideais, o *dever ser* de uma sociedade, é a direção na qual se deve caminhar. Nesse sentido, Sartori ensina que ao falar em democracia deve-se ter em mente sempre dois pressupostos:

“(a) o ideal democrático não define a realidade democrática e, vice-versa, uma verdadeira democracia não é, e não pode ser, o mesmo que uma democracia ideal; e que (b) a

⁵³⁹ KNIGHT, Jack; JOHNSON, James. A agregação e deliberação sobre a possibilidade da legitimidade democrática. In: **Democracia Deliberativa**. Denílson Luis Werle e Rúrion Soares Melo (orgs.) São Paulo: Editora Singular, Esfera Pública, 2007, p. 253.

⁵⁴⁰ **A Teoria da Democracia Revisitada. vol. I.** Tradução: Dinah de Abreu Azevedo. São Paulo: Ática, 1994, p. 23.

democracia resulta de interações entre seus ideais e sua realidade e é modelada por elas: pelo impulso de um *dever ser* e pela resistência de um *é*.⁵⁴¹

Essas observações aplicam-se, aqui, uma vez que não interessa o que é a democracia, mas o que *deve ser* da democracia. Em decorrência disso, toma-se a democracia deliberativa não com a pretensão de descrever como é a democracia, mas com a intenção de trabalhar com o *dever ser* da democracia dos Estados Democráticos de Direito. Desse modo, a democracia deliberativa é tomada como um objetivo, uma direção, um norte a ser seguido pelas sociedades democráticas no paradigma do Estado Democrático de Direito. Não é demais ressaltar que não se apresenta a democracia deliberativa como uma proposta apta a ser plenamente e imediatamente adaptável à realidade, mas como um *ideal normativo* a ser seguido, um objetivo a ser implementado no desenvolvimento da prática democrática (da cultura democrática). Essa postura, no entanto, não significa negar a existência de práticas democráticas inspiradas no modelo deliberativo⁵⁴², quer apenas deixar claro que não se vive e não se descreve teoricamente uma realidade deliberativa⁵⁴³. Está-se, enfim, no campo do *dever ser*.

Uma primeira observação que precisa ser feita é que a democracia deliberativa como *ideal normativo* não é uma proposta única. Embora seja uma corrente teórica bastante recente, já é possível vislumbrar diversas controvérsias acerca de sua concepção. Interessa aqui um modelo democrático-deliberativo que otimize os postulados do Estado Democrático de Direito e conviva em uma tensão produtiva com o constitucionalismo. Estabelecido este objetivo, pode-se iniciar dizendo que a democracia deliberativa almeja a formulação de decisões públicas mediante um debate racional entre indivíduos livres e iguais. Para a democracia

⁵⁴¹ Idem, p. 24.

⁵⁴² No último capítulo deste trabalho, por exemplo, o objetivo será analisar em que medida as práticas deliberativas adotadas pelas Leis 9.868/99 e 9.828/ 99 são adequadas no âmbito do Poder Judiciário.

⁵⁴³ Em posição contrária aqui adotada, Seyla Benhabib afirma que “O modelo de democracia deliberativa não representa um experimento meramente contrafactual. (...) entendo a democracia deliberativa como uma teoria que esclarece os princípios já implícitos na lógica das práticas democráticas existentes. Entre as práticas que essa teoria pode esclarecer estão a importância dos corpos deliberativos nas democracias, a racionalidade da oposição parlamentar, a necessidade de uma mídia independente e de uma esfera de opinião pública e a base lógica de adotar a regra da maioria como um procedimento de decisão. Por essa razão a teoria da democracia deliberativa não é uma teoria em busca de práticas, antes é uma teoria que busca elucidar melhor do que outras, alguns aspectos da lógica das práticas democráticas existentes.”(Sobre um modelo deliberativo de legitimidade democrática. In: **Democracia Deliberativa**. Denílson Luis Werle e Rúrion Soares Melo (orgs.) São Paulo: Editora Singular, Esfera Pública, 2007, p. 75).

deliberativa, o debate público assegura a autonomia dos indivíduos, viabiliza soluções imparciais e torna-as mais legítimas do ponto de vista democrático. Assim, entre os seus objetivos principais estariam: *formular decisões imparciais, conferir maior grau de legitimidade ao processo democrático e resgatar a autonomia pública*. Em suma, o objetivo de tal teoria é conferir legitimidade para as decisões públicas das sociedades pluralistas através da inserção de todos os cidadãos, em condições de liberdade e igualdade, na produção de decisões que se justifiquem por argumentos morais compartilhados por todos e que, ao mesmo tempo em que tenham força para vincular o presente, possibilitem sua reavaliação futura. Essas ideias encontram-se de forma espalhada nos trabalhos de diversos autores, os quais se passa a analisar brevemente.

De acordo com Roberto Gargarella, o *ideal normativo* da democracia deliberativa possui três núcleos centrais: a *inclusão* (que todos participem), a *deliberação* (imprescindível para que todos escutem os argumentos alheios e possam realizar a autocorreção) e a *igualdade* (em situação de desigualdade, a deliberação coletiva perde a força)⁵⁴⁴. A *deliberação*, todavia, exerce papel central, sendo a *inclusão* e a *igualdade* condições para a deliberação democrática. Assim, já se pode perceber que o debate almejado pela democracia deliberativa não é um debate qualquer. Trata-se aqui de um modelo de deliberação muito específico, que requer a realização de certas condições (igualdade e liberdade) e está voltado à garantia de determinados objetivos (decisões dotadas de maior legitimidade democrática e imparcialidade). Para a democracia deliberativa, a deliberação é dotada de uma superioridade qualitativa frente aos mecanismos de agregação de preferências privadas por uma série de motivos.

Primeiro, a agregação de preferências privadas é um procedimento constituído por atos privados (voto individual e secreto), o que significa que traz para o campo da política os princípios e as práticas que são aplicados ao campo do mercado. O governo pautado por decisões que levam em consideração a soma das preferências individuais não é capaz de agir tendo em vista o bem-estar de todos. Age em nome da eficiência, e não da justiça, embora "... a tarefa política não seja

⁵⁴⁴ **Teoría y Crítica del Derecho Constitucional**, Tomo I. Buenos Aires. Abeledo Perrot, 2008, p. 167.

apenas eliminar a ineficiência, mas também produzir justiça – um objetivo para o qual a agregação de preferências pré-políticas é um meio um tanto impróprio.”⁵⁴⁵

Como já ensinava a tradição política das *polis* gregas, a esfera pública deve pautar-se por atividades abertas e públicas, ao contrário da esfera privada, a qual se reserva à privacidade. A política democrática não pode ser a reunião de preferências dadas, mas deve ser um meio de transformação das preferências através da discussão racional. Como explica Elster, “O *input* do mecanismo de escolha social não seriam as preferências brutas, provavelmente egoísticas e irracionais, que operam no mercado, mas as preferências informadas e orientadas para o outro.”⁵⁴⁶

Mas não é apenas por ser mais adequado ao campo da política que a deliberação goza da superioridade. A deliberação fomenta o debate e a troca de informações, permitindo que os cidadãos tirem dúvidas e esclareçam suas posições através de um processo discursivo. Como explica Bernard Manin, a vontade dos indivíduos não vem plenamente formada para o debate público. Ela é composta por preferências e informações que são muitas vezes confusas e incertas. A vantagem da deliberação é justamente ser capaz de confrontar os diversos pontos de vista, fornecendo informações que conduzão ao esclarecimento acerca da posição pessoal de cada uma, de maneira que, se necessário, aqueles que desejem possam realizar a autocorreção⁵⁴⁷. Nesse sentido, a deliberação é um processo pedagógico.

“... mas este não é o tipo de modelo pedagógico na qual uma elite esclarecida procura tirar a luz da ciência de sua púlpito e levá-la ao povo ignorante. Antes, o povo educa-se a si mesmo. Certamente o conhecimento não é distribuído igualmente, e todos os discursos não terão o mesmo peso, mas porque aqueles que são mais instruídos tendem a não concordar, suas trocas de opinião, avaliadas pelo público, educam sem a necessidade de haver um professor único e eminente.”⁵⁴⁸

A mesma posição é compartilhada por Seyla Benhabib, quem considera que há três motivos que justificam a essencialidade da deliberação na tomada de decisão coletiva: *i)* a deliberação é um *processo de informação*, já que ninguém pode antecipar todas as informações sobre uma decisão que afeta a todos; *ii)* a

⁵⁴⁵ ELSTER, Jon. O mercado e o fórum: três variações na teoria política. In: **Democracia Deliberativa**. Denílson Luis Werle e Rúron Soares Melo (orgs.) São Paulo: Editora Singular, Esfera Pública, 2007, p. 232.

⁵⁴⁶ ELSTER, Jon. O mercado e o fórum: três variações na teoria política..., p. 232.

⁵⁴⁷ MANIN, Bernard. Legitimidade e Deliberação Pública. In: **Democracia Deliberativa**. Denílson Luis Werle e Rúron Soares Melo (orgs.) São Paulo: Editora Singular, Esfera Pública, 2007, p. 31.

⁵⁴⁸ MANIN, Bernard. Idem, p. 34.

deliberação é capaz de formar preferências coerentes em função da troca de argumentos que faculta a autocorreção; e *iii*) a deliberação pública força o indivíduo a pensar a partir do interesse geral para dar força a sua argumentação, o que lhe exige a formulação de argumentos coerentes⁵⁴⁹.

No mesmo sentido, explica Diogo Gambetta que a deliberação é um meio de distribuição de informação, o seu exercício pode trazer novas soluções para os problemas compartilhados e diluir os interesses particulares, uma vez que parte de princípios elementares voltados à persuasão⁵⁵⁰. Por essa razão, o autor frisa que a deliberação não é a mesma coisa que a discussão. Somente a discussão que se dá no bojo da deliberação pode ajudar a encontrar maneiras mais apropriadas de melhorar a qualidade da decisão e de justificá-la. Com isso, conclui que a deliberação não é apenas um processo de descoberta, é também um processo de persuasão mediante argumentação racional⁵⁵¹.

Em virtude de ser fruto de um processo de informação pautado pela argumentação, defende-se que a deliberação é qualitativamente superior a outros métodos de escolha porque tem mais chances de conduzir a boas decisões. De acordo com Christiano Thomas, as decisões que nascem de deliberações públicas gozam de uma qualidade superior porque levam os cidadãos a refletirem e aprimorarem suas concepções sobre os princípios morais da sociedade. Além disso, esse exercício reflexivo e argumentativo concede um valor intrínseco à deliberação

⁵⁴⁹ BENHABIB, Seyla. Sobre um modelo deliberativo de legitimidade democrática... p. 53-55.

⁵⁵⁰ GAMBETTA, Diogo. Deliberation as discussion. In: **Democracia Deliberativa**. Denílson Luis Werle e Rúrion Soares Melo (orgs.) São Paulo: Editora Singular, Esfera Pública, 2007, p. 22-23. Dentre as razões que elenca para que as decisões públicas sejam precedidas de uma deliberação pública estão: *i*) rever as informações privadas de cada um, *ii*) considerar quais são os limites da racionalidade, *iii*) incentivar um modo particular de justificar as demandas, *iv*) ajudar a legitimar a última escolha feita pelo grupo, auxiliando assim a sua implementação, *v*) aprimorar as qualidades morais e intelectuais dos participantes. (Idem, p. 44-64).

⁵⁵¹ "Argumentação é uma sequência de proposições que almejam produzir ou reforçar o acordo daquele que está ouvindo. Nesse sentido, é um processo discursivo racional. Além disso, em contraste com a palavra lógica, a argumentação não resulta numa conclusão necessária, que o ouvinte não pode rejeitar. Uma conclusão retirada da argumentação não é uma conclusão necessária. O ouvinte permanece livre para dar o seu assentimento ou recusar a conclusão. O ouvinte é livre porque a argumentação não começa partindo das premissas evidentes ou convencionais. Antes, começa-se considerando as propostas que foram mais bem aceitas pelo público a que estão sendo endereçadas. (...) Por mais força que tenha uma argumentação, sua conclusão nunca é estritamente necessária. O ouvinte pode recusar a sua aprovação, e deve ser igualmente reconhecido que sua recusa a aprovar uma conclusão possui razões suficientes. A força de uma argumentação é sempre relativa." (MANIN, Bernard. Legitimidade e Deliberação Pública... p. 32-33).

que reside na construção de uma sociedade em que os cidadãos respeitam-se e preocupam-se mutuamente. Essa seria então uma outra face pedagógica da deliberação, a qual incentiva aqueles que dela participam a serem indivíduos mais autônomos, racionais e a cultuarem com mais ênfase os princípios morais, ampliando-se, desse modo, as virtudes do cidadão⁵⁵².

Essa superioridade qualitativa das decisões tomadas pela deliberação reside, especificamente, na maior probabilidade de produzir decisões com maior grau de *imparcialidade*, isto é, que não sejam direcionadas para o benefício de ninguém e tratem todos com igual consideração. A imparcialidade é considerada uma característica típica da deliberação.

“A concepção ‘deliberativa’ de democracia parte da ideia de que um sistema político valioso é aquele que promove a tomada de decisões imparciais, isto é, decisões que não resultam em benefícios indevidos a alguma pessoa ou grupo, mas que trata a todos com igual consideração. Nesse sentido, afirma-se que a democracia resulta defensável porque favorece, melhor que qualquer outro sistema, a tomada de decisões imparciais.”⁵⁵³

De acordo com Roberto Gargarella, as razões para existir uma conexão entre deliberação pública e decisões imparciais são as seguintes: *i)* a discussão evidencia possíveis erros fáticos e lógicos que aparecem a princípio em nossos juízos. Ao tornar pública sua opinião, o sujeito a submete a um ‘filtro externo’ composto pelos demais cidadãos, que podem ajudar na reflexão mostrando as falhas e as consequências do que está sendo defendido; *ii)* a deliberação possui uma função positiva, enriquecem os sujeitos de informação e ajudam a ampliar seus horizontes; *iii)* a deliberação ajuda a eliminar erros de interpretação e juízos de valores preestabelecidos que afetam nossa opinião; *iv)* a deliberação pode ser um meio de pressão para que o sujeito abandone um argumento fundado no seu autointeresse para que ele seja aceitável para os demais e *v)* a deliberação possui um caráter educativo, à medida que nela as pessoas aprendem a trocar argumentos, escutar o outro e modificar o seu ponto de vista. Melhoram, portanto, a capacidade de raciocinar e a habilidade de conviver com outras pessoas⁵⁵⁴.

⁵⁵² CHRISTINO, Thomas. A Importância da Deliberação Pública. In: **Democracia Deliberativa**. Denílson Luis Werle e Rúrion Soares Melo (orgs.) São Paulo: Editora Singular, Esfera Pública, 2007, p. 82).

⁵⁵³ GARGARELLA, Roberto. **La Justicia Frente al Gobierno...**, p. 157-158.

⁵⁵⁴ GARGARELLA, Roberto. *Idem*, p. 158-160.

É fundamental observar, no entanto, que o fato de a deliberação ser um caminho para decisões imparciais não significa que seja um caminho para decisões consensuais. Defender a deliberação não é se iludir com um consenso unânime ou com a certeza de uma decisão imparcial. A deliberação muitas vezes é antes a revelação de um estado de conflito do que o caminho para um acordo harmônico⁵⁵⁵. E isso não é uma qualidade negativa da deliberação, o conflito é constitutivo do processo democrático e é bom que assim seja⁵⁵⁶. Deve-se ter em mente que, em uma deliberação, os indivíduos não vão apenas defender suas posições, mas vão refutar a posição dos demais⁵⁵⁷. Isso quer dizer que a deliberação não implica, necessariamente, *transformação* de preferências. A deliberação *pode transformar* as preferências na medida em que pode alcançar um acordo sobre as dimensões do conflito. Assim, o que se pode afirmar de antemão é que a deliberação pode levar a

⁵⁵⁵ Idem, *Ibidem*, p. 40.

⁵⁵⁶ Para o “pluralismo agonístico” defendido por Chantal Mouffe a confrontação entre adversário e a eliminação do consenso é o que possibilita uma verdadeira democracia nas sociedades modernas, que são profundamente marcadas pelo pluralismo. Somente com o reconhecimento dos conflitos inerentes a essas sociedades é que pode haver democracia. (MOUFFE, C. *Por um modelo agonístico de democracia*. **Revista de Sociologia e Política** nº. 25, p. 165-175, jun. 2006, p. 166. Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S010444782005000200003&lng=&nrm=iso&tln_g=. Acesso em: 05 jun. 2008). Pregar um consenso inalcançável e encobrir as diferenças e contradições sociais é uma estratégia que pode conduzir ao autoritarismo. Nessa linha, vale citar um estudo empírico desenvolvido por Cass Sunstein que demonstra que a ausência de dissenso em uma sociedade democrática conduz a decisões extremadas. O autor exemplifica essa tese dizendo que apenas quando democratas deliberam sobre um determinado assunto, existe uma forte tendência de se ter um resultado ultraliberal. Da mesma forma, quando apenas republicanos deliberam sobre um certo assunto, existe forte tendência de se alcançar um resultado ultraconservador. Ou seja, a ausência de dissenso sobre uma certa questão posta em discussão gera resultados extremos, que excluem a diferença e colocam em risco a democracia abrindo caminho para um governo de opinião única e extrema: o autoritarismo. Sunstein alerta ainda para a necessidade de dissensos profundos nas sociedades democráticas, pois, de acordo com suas pesquisas, quando um democrata vota ao lado de dois republicanos existe uma tendência de que seu posicionamento seja mais conservador, da mesma forma que quando um republicano vota na companhia de dois democratas, o seu voto será provavelmente mais liberal. Por isso, o consenso amplo e a unanimidade, bem como os apelos para um ‘antipolítico’ devem ser rejeitados completamente, pois representam um risco fatal para a democracia. (SUNSTEIN, Cass R. em seminário proferido no Carnegie Council em 2003 sobre o livro **“Why Societies Need Dissent”**. Disponível em: <http://www.cceja.org/resources/transcripts/1030.html>. Acesso em: 29.mai.2008). Assim, Chantal Mouffe explica que: “A democracia encontra-se em perigo não apenas quando o consenso e a fidelidade aos valores que ela encara são insuficientes, mas também quando a sua dinâmica combativa é travada por um aparente excesso de consenso, que normalmente mascara uma apatia inquietante. É igualmente posta em perigo pela crescente marginalização de grupos inteiros cujo estado de “subclasse” praticamente os coloca fora da comunidade política.” (MOUFFE, C. Introdução para um pluralismo combativo. In: **O Regresso do Político**. Tradução: Ana Cecília Simões, Lisboa: Gradiva, 1996, p. 17). Vale ressaltar, entretanto, que Mouffe reconhece que a democracia requer um consenso mínimo e lealdade em relação aos princípios éticos-políticos que a sustentam, no entanto, para a autora deve-se compreender que tais princípios só existem a partir de posições políticas divergentes, o que conduz o consenso sobre eles a ser sempre um “consenso conflituoso”.

⁵⁵⁷ MANIN, Bernard. *Legitimidade e Deliberação Pública...*, p. 31-32.

um resultado possível, a um *bom acordo* provisório e indicar a profundidade do desacordo⁵⁵⁸.

Ainda quanto ao *dever ser* do procedimento deliberativo, Amy Gutmann e Dennis Thompson destacam a importância da natureza *pública* da deliberação. De acordo com os autores, na democracia deliberativa, os líderes devem dar razões que justifiquem as suas decisões e responder às razões que, por sua vez, são apresentadas pelos cidadãos. Nesse sentido, as razões que justificam uma decisão produzida em uma deliberação devem ser *públicas* e *acessíveis* a todos os interessados, de modo que todos estejam cientes e compreendam os motivos que fundamentam a decisão. Se a decisão será vinculativa para todos, independente de concordarem com suas razões, então tornar seus fundamentos públicos e acessíveis é o mínimo que se pode fazer.

Trata-se de um dever de reciprocidade que possui dois sentidos. Primeiro, indica que a deliberação não deve ocorrer apenas na intimidade da consciência de alguém, mas que deve ser pública. Por esse prisma, a democracia deliberativa se opõe à concepção de democracia de Rousseau, na qual os cidadãos avaliam individualmente sobre a conveniência de uma dada proposta para toda a sociedade, para somente depois reunir-se publicamente para deliberar (votar) e formar a vontade geral, a qual se constrói independente de haver um debate público. Segundo, o dever de reciprocidade exige que as razões que justificam a decisão em uma democracia deliberativa sejam claras e racionais para todos os seus interlocutores, por isso não são válidas justificativas fundamentadas em argumentos metafísicos, por exemplo⁵⁵⁹.

Amy Gutmann e Dennis Thompson enfatizam, ainda, que a democracia deliberativa produz decisões *vinculativas*. O processo deliberativo não é como um *talkshow* ou como um seminário acadêmico. Os participantes não discutem pelo prazer de discutir. A democracia deliberativa gera decisões vinculativas sujeitas à constante reavaliação, caracterizando-se, por isso, como um *processo dinâmico*⁵⁶⁰. Ou seja, a deliberação produz uma decisão vinculativa, mas não uma decisão

⁵⁵⁸ KNIGHT, Jack; JOHNSON, James. A agregação e deliberação sobre a possibilidade da legitimidade democrática... p. 270-271.

⁵⁵⁹ GUTMANN, Amy; THOMPSON, Dennis. **Why Deliberative Democracy?** New Jersey: Princeton University Press, 2004, p 1-5.

⁵⁶⁰ GUTMANN, Amy; THOMPSON, Dennis. Idem, p. 7.

eterna, de maneira que as razões que a justificam hoje poderão ser derrubadas por uma nova deliberação amanhã. O reconhecimento da natureza provisória da deliberação é fundamental, pois a legitimidade da democracia depende de sua capacidade de acompanhar a dinâmica da sociedade e deixar espaços abertos para que as minorias possam defender suas posição e, quem sabe, tornarem-se maioria no futuro.

Portanto, a primeira premissa da democracia deliberativa é que a decisão legítima não é aquela que resulta da vontade de todos, mas é “... *resultado de uma deliberação geral*, e não da expressão da vontade geral.”⁵⁶¹ Afinal, a vontade não é pré-determinada pelo indivíduo, mas formada mediante o processo deliberativo racional cujos argumentos devem ser *públicos* e os participantes cultivam o dever do respeito mútuo. Ademais, todas as decisões tomadas pela deliberação possuem força vinculante com a condição de permanecerem abertas ao futuro.

Contudo, não se pode fazer uma defesa cega da deliberação ou cometer o mesmo equívoco dos defensores da representação, ou seja, não se pode identificar a democracia aos processos deliberativos. Até porque não é qualquer processo deliberativo que se está defendendo. Um debate que exclui setores interessados e é conduzido pela força do dinheiro e pela capacidade de influência não é um debate valioso. Apesar de a deliberação também desempenhar a função de um *processo informativo*, é preciso reconhecer que ela não está livre de influências negativas dos meios de comunicação autointeressados e do déficit de informação. Como alerta Susan Strokes, a deliberação pode induzir a certas preferências políticas que não são necessariamente compatíveis com o interesse público. Pseudopreferências ou pseudoidentidades podem levar a deliberação a resultados indesejáveis através da manipulação dos desejos dos cidadãos⁵⁶².

O perigo da dominação ideológica nas deliberações é a principal preocupação de Adam Przeworski, que chega a duvidar da capacidade de legitimação da deliberação pública, já que a ausência e a manipulação das informações podem fazer com que as pessoas assumam interesses que não são os

⁵⁶¹ MANIN, Bernard. Legitimidade e Deliberação Pública... p. 31.

⁵⁶² STROKES, Susan. Pathologies of Deliberation. In: **Deliberative Democracy**. Jon Elster (ed.). Cambridge: Cambridge University Press, 1998, p. 135-136.

melhores para elas⁵⁶³. Além disso, é preciso reconhecer também que, tal como ocorre na democracia representativa, a deliberação também pode ser influenciada por assimetrias sociais, culturais e econômicas arbitrárias. Como afirmam John Knight e James Jonhson “Tanto a deliberação quanto a agregação são vulneráveis a distorções decorrentes de fontes exógenas.”⁵⁶⁴

É preciso reconhecer também que as sociedades plurais não se satisfazem só de representação ou deliberação, precisam de ampla representação e ampla deliberação. Uma deliberação real requer diversas reformas institucionais que tenham a capacidade de inclusão daqueles que estão à margem do processo deliberativo⁵⁶⁵. Nesse sentido, Young propõe a formulação de uma democracia deliberativa ampliada capaz de incluir os sujeitos que estão à margem do processo de deliberação. Young prefere chamar o seu modelo de democracia comunicativa, que indica a possibilidade de abranger outras formas de comunicação além da deliberação⁵⁶⁶, pois “... se o diálogo público visa solucionar problemas coletivos, deve incluir uma pluralidade de perspectivas, estilos de discursos e maneiras de expressar as particularidades”⁵⁶⁷. Assim, a política democrática envolve deliberação, mas não se restringe a ela⁵⁶⁸. A democracia não se reduz à razão, é também paixão, competição, solidariedade e coragem⁵⁶⁹.

⁵⁶³ Deliberation and Ideological Domination. In: **Deliberative Democracy**. Jon Elster (ed.). Cambridge: Cambridge University Press, 1998, p.140- 160.

⁵⁶⁴ KNIGHT, Jack; JOHNSON, James. A agregação e deliberação sobre a possibilidade da legitimidade democrática... p. 255.

⁵⁶⁵ GARGARELLA, Roberto. Full Representation, Deliberation and Impatality. In: **Deliberative Democracy**. Jon Elster (ed.). Cambridge: Cambridge University Press, 1998, p. 274.

⁵⁶⁶ Esse modelo de democracia deliberativa requer, além da argumentação, comunicação através da saudação, retórica e narração. (IRIS, Marion Young. Comunicação e o outro: além da democracia deliberativa. In: **Democracia Hoje: os novos desafios para a teoria democrática contemporânea**. Jessé Souza (org). Brasília: UNB, 2001, p. 373-381).

⁵⁶⁷ IRIS, Marion Young. Comunicação e o outro: além da democracia deliberativa..., p. 385-386.

⁵⁶⁸ WALZER, Michael. Deliberação, e o que mais? In: **Democracia Deliberativa**. Denílson Luis Werle e Rúion Soares Melo (orgs.) São Paulo: Editora Singular, Esfera Pública, 2007, p. 299).

⁵⁶⁹ Walzer elabora uma lista de condições para a democracia: educação política, família, escola, meios de comunicação, associações, instituições da sociedade civil organizada, mobilização, demonstração, declaração, barganha, lobby, campanha, eleição, angariação de fundos, eliminação da corrupção, trabalho diário, governar. Nessa lista, a deliberação tem um lugar, mas não é um lugar independente, ela se passa em várias vertentes do processo democrático. (WALZER, Michael. Idem, 300-311). Vale destacar que muitas vezes a ampliação das características da democracia deliberativa leva a críticas sobre o desvirtuamento da teoria. Como explica, Flávio Elias Riche esse é justamente o caso da teoria de Young, porém que não pode ser excluída da vertente deliberativa porque isso seria o mesmo que “negar o caráter multifacetado inserido no âmbito da deliberação

As deficiências da deliberação também são apontadas por John Elster. De acordo com o autor, embora a argumentação tenha seus méritos, a necessidade de tomar decisões substantivas, com urgência, impõe uma limitação de tempo que não é levada em conta pela deliberação. De acordo com Elster, a política assume sua função pública essencial somente quando os debates são constrangidos pelo tempo⁵⁷⁰. Por isso, a deliberação como *transformação* de preferência só é válida se for complementada pela *agregação* de preferência, uma vez que diante da impossibilidade do consenso e da limitação temporal do debate, em um determinado momento da discussão – se não se chegar a um consenso, o que é muito provável – será preciso que se tome uma decisão por meio da agregação de preferências⁵⁷¹.

Com preocupações muito semelhantes às de Jon Elster, Thomas Christiano chama atenção para o fato de que o procedimento deliberativo ideal não pode ser considerado fonte exclusiva de justificação política, pois as deliberações públicas sempre acabam por decidir através da regra da maioria, gerando um permanente dissenso na sociedade. Assim, diante da minoria, não se pode defender que a decisão seja legítima politicamente apenas porque é fruto de uma deliberação majoritária. A deliberação por si só não pode justificar as decisões políticas. Se assim fosse, uma lei que viola direitos fundamentais poderia ser considerada justa apenas por ser fruto de uma deliberação pública. A ideia de que a decisão pública se legitima em virtude de ser resultado de um processo deliberativo é incapaz de explicar a importância da deliberação para a democracia⁵⁷². Por isso, prefere-se entender que a deliberação aprimora a democracia, mas não é sua fonte de

pública.” (Revisitando a deliberação pública. In: **Temas de Constitucionalismo e Democracia**. VIEIRA, José Ribas (org.). Renovar: Rio de Janeiro, 2003, p. 29).

⁵⁷⁰ ELSTER, Jon. O mercado e o fórum: três variações na teoria política... p. 248.

⁵⁷¹ A democracia deliberativa, sob pena de ser descartada, deve reconhecer alguns obstáculos: *i*) a impossibilidade de obrigar a todos de participar do processo deliberativo; *ii*) a impossibilidade de sempre se chegar a um consenso; *iii*) a possibilidade de o debate trazer consequências mais injustas do que sua ausência, especialmente quando metade dos indivíduos são orientados por concepções egoísticas e metade por concepções de bem comum. Pois, nesse caso o consenso não será o bem comum, mas a concessão do bem comum ao interesse egoístico; *iv*) o consenso só seria possível com a conformidade de parte dos indivíduos e não de um acordo racional; *v*) a ideia de que todos unidos podem chegar a uma decisão melhor do que cada um individualmente não tem um fundamento lógico. Teóricos divergem se em grupo os indivíduos tendem a ser mais egoístas ou a pensar melhor no bem comum. (ELSTER, Jon. O mercado e o fórum: três variações na teoria política..., p. 248).

⁵⁷² A importância da deliberação pública. In: **Democracia Deliberativa**. Denílson Luis Werle e Rúrion Soares Melo (orgs.) São Paulo: Editora Singular, Esfera Pública, 2007, p. 81-113.

legitimação; a deliberação não é uma garantia de decisões racionais, mas o melhor caminho para alcançá-las⁵⁷³.

Sendo assim, o desafio é imaginar uma deliberação aprimorada que possa evitar essas distorções⁵⁷⁴ e alcançar os seus ideais. Para tanto, entende-se que a deliberação só alcança a superioridade qualitativa em relação à agregação de preferências privadas quando estejam garantidas algumas condições que protejam e viabilizem o processo deliberativo ideal que confere legitimidade às decisões públicas. Por esse motivo, a concepção de democracia deliberativa de um Estado Democrático de Direito que se pretende aqui traçar não se restringe a estipular as condições procedimentais da democracia, mas possui um núcleo normativo que exige que todos sejam livres e iguais, condições essenciais à preservação do pluralismo social. Dessa forma, entende-se que a deliberação só é um meio de legitimação das decisões públicas se "... os participantes da comunicação se auto-compreendem como 'dignos de igual respeito e consideração' e se a comunidade política assim os trata, demonstrando deferência por todos os projetos pessoais de vida e por todas as identidades coletivas."⁵⁷⁵

Portanto, a democracia deliberativa que justifica o Estado Democrático de Direito não é apenas procedimento, é também substância, é o compromisso com os valores da igualdade e da liberdade política⁵⁷⁶. A legitimidade de uma decisão é aferida por meio de um critério procedimental e de um critério substancial. Não é porque uma sociedade é pluralista que a legitimidade democrática de suas decisões não pode se assentar em questões substantivas. Embora haja divergências em relação às doutrinas morais, suas decisões não podem pautar-se exclusivamente no procedimento, devendo contar com um traço substancial para serem legítimas.

Perante essa condição, tomam-se como critérios substanciais das democracias deliberativas de sociedades plurais a igualdade e a liberdade.

⁵⁷³ MANIN, Bernard. Legitimidade e Deliberação Pública..., p. 44.

⁵⁷⁴ KNIGHT, Jack; JOHNSON, James. A agregação e deliberação sobre a possibilidade da legitimidade democrática..., p. 255.

⁵⁷⁵ SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. Deliberação Pública, Constitucionalismo e Cooperação Democrática. In: **A Reconstrução Democrática do Direito Público no Brasil**. Luís Roberto Barroso (org.). Rio de Janeiro: Renovar, 2007, p. 49.

⁵⁷⁶ COHEN, Joshua, Democracy and Liberty. In: **Deliberative Democracy**. Jon Elster (ed.). Cambridge: Cambridge University Press, 1998, p. 187.

“Dizer que os cidadãos são livres é dizer, entre outras coisas, que nenhuma visão moral ou religiosa abrangente fornece uma condição definidora de pertença à cidadania ou o fundamento da autorização para o exercício do poder político. Dizer que eles são iguais é dizer que cada um é reconhecido como tendo as capacidades exigidas para participar na discussão em torno da autorização do exercício do poder”⁵⁷⁷

Para a democracia deliberativa, as decisões públicas são justificadas mediante um procedimento ideal de deliberação no qual os indivíduos se tratam como iguais e estão dispostos a acordar uma decisão que se torne obrigatória para todos. No entanto, como destaca Iris Marion Young, algumas concepções de democracia deliberativa concebem a igualdade apenas pelo prisma político e econômico, e se esquecem de que as diferenças culturais e a posição do sujeito dentro da sociedade também são condições determinantes para o debate democrático, não podendo ser reduzidas à noção abstrata de igualdade justamente por serem a marca da diversidade social. Assim, Young crítica os modelos deliberativos em que a deliberação é “culturalmente neutra e universal.”⁵⁷⁸ Assim como a autora, defende-se que a concepção democracia deliberativa adequada aos Estado Democrático de Direito de sociedades plurais deve reconhecer a pluralidade e incluir a diferença na deliberação⁵⁷⁹.

Não basta que os indivíduos sejam considerados iguais para que a decisão seja legítima. Como explica Joshua Cohen, a democracia deliberativa deve respeitar também o *princípio da inclusão deliberativa*, que exige que todos gozem de *igual liberdade*. Essa liberdade não é apenas instrumental, é ela própria uma condição de igualdade. Explica-se: no contexto plural da democracia deliberativa é fundamental que seja assegurado a todos, por exemplo, o direito à liberdade religiosa, mesmo que este não seja um direito fundamental para o procedimento deliberativo. Embora

⁵⁷⁷ COHEN, Joshua. Procedimento e Substância na Democracia Deliberativa. In: **Democracia Deliberativa**. Denílson Luis Werle e Rúrion Soares Melo (orgs.) São Paulo: Editora Singular, Esfera Pública, 2007, p. 117.

⁵⁷⁸ IRIS, Marion Young. Comunicação e o outro: além da democracia deliberativa... p. 370.

⁵⁷⁹ É interessante observar que Kelsen já destacava que o princípio majoritário coloca em cheque a ideia de que o regime democrático é o caminho para a liberdade como autodeterminação cunhada por Rousseau. Ou seja, o princípio majoritário inviabiliza a crença de que através da democracia os cidadãos são livres porque seguem a sua própria vontade. Para Kelsen, o cidadão que não faz parte da maioria, e até mesmo o que está incluído nela, não tem sua vontade representada de forma apropriada para garantir-lhe liberdade. No entanto, o princípio majoritário não deixa de ser o principal caminho para a liberdade, porém deve ser complementado pela igualdade, afinal uma sociedade é tanto mais livre quanto mais os indivíduos possuam o mesmo valor político, isto é, que suas vontades individuais tenham todas a mesma dimensão e peso na decisão coletiva. (Os fundamentos da democracia. In: **A Democracia**. Tradução: Ivone Castilho Benedetti. 2ª. ed. 161-167. São Paulo: Martins Fontes, 2000, p. 178-179).

a liberdade religiosa não seja um direito instrumental para a deliberação, ela é fundamental porque permite incluir uma pluralidade de vozes em condições de igualdade. Isto é, na deliberação todos são iguais e têm o igual direito de participação, porque todos têm o igual direito de liberdade de crença. Negar a liberdade religiosa seria a mesma coisa que negar a igualdade entre os cidadãos impondo-lhes uma determinada concepção religiosa incompatível com o pluralismo. A mesma coisa acontece com a liberdade de expressão; é preciso garanti-la de forma livre e desimpedida para que todos estejam em iguais condições para se expressarem no debate democrático. A liberdade de expressão restringida a determinados argumentos excluiria os cidadãos com pensamentos, opiniões e ideologias distintas, criando assim uma desigualdade excludente. Por isso, o *princípio da inclusão deliberativa* protege desde o direito à liberdade de crença até a garantia da plena liberdade de expressão e comunicação⁵⁸⁰.

Além de ser uma condição para a igualdade, a liberdade é importante para que os indivíduos possam realizar suas escolhas dentre as diversas alternativas reais que se apresentam na deliberação. Note-se que só há liberdade quando o cidadão pode escolher entre mais de uma opção real. A ausência de diversidade de propostas viola a liberdade porque deixa o cidadão constrangido a optar pela única proposta disponível⁵⁸¹. Assim, é fundamental para o debate que os participantes sejam dotados de liberdades e estejam em posição de igualdade. Como lembra Roberto Gargarella, Alberto Fujimori e Augusto Pinochet utilizaram de mecanismos majoritários como forma de legitimar suas decisões sem nenhum receio, pois sem liberdade de expressão não havia riscos de debates que acusassem os malefícios de seus atos e garantia-se que os cidadãos tivessem apenas uma opção: aquela dada pelo governo autoritário. Esses fatos comprovam que sem liberdade, mesmo os procedimentos majoritários, como os referendos, são meras formas de manipulação da vontade popular⁵⁸².

⁵⁸⁰ COHEN, Josuha. Procedimento e Substância na Democracia Deliberativa..., p. 126-130. Nesse sentido, Alain Touraine defende que "O que define a democracia não é, portanto, somente um conjunto de garantias institucionais ou o reino da maioria, mas antes de tudo o respeito pelos projetos individuais e coletivos, que combinam a afirmação de uma liberdade pessoal com o direito de identificação com uma coletividade social, nacional ou religiosa particular. A democracia não se apóia somente nas leis, mas sobretudo em um *cultura política*. A cultura democrática tem sido frequentemente definida pela igualdade." (**O que é democracia?** ... p. 26).

⁵⁸¹ MANIN, Bernard. Legitimidade e Deliberação Pública..., p. 38.

⁵⁸² **Teoría y Crítica del Derecho Constitucional...**, p. 67.

Todavia, de nada vale a liberdade se dela não se pode usufruir. Por isso, defende Joshua Cohen que além de liberdade, é fundamental o atendimento do *princípio da participação*, pelo qual os cidadãos devem ser providos de direitos de igual participação. Para tanto, é preciso que todos tenham direitos políticos iguais, direitos que são, por sua vez, fundamentais para assegurar a igual liberdade de expressão⁵⁸³. Cohen adverte que os direitos de liberdade e os direitos políticos como fundamentos da democracia deliberativa invariavelmente entrem em conflito, o que indica a necessidade de uma busca constante pela conciliação entre esses elementos; a igualdade política não pode ficar subordinada à liberdade de expressão e vice-versa. Ou seja, a democracia deliberativa não faz uma opção pela *liberdade dos antigos (igualdade de participação)*, mas exige a sua combinação com a liberdade dos modernos (*igualdade de liberdade*), pois a deliberação deve ser guiada pelo *princípio da inclusão deliberativa*, isto é, pela garantia de liberdade capaz de promover as condições de igualdade de participação⁵⁸⁴. Tanto a *liberdade dos modernos* quanto a *liberdade dos antigos* são condições necessárias, mas isoladamente insuficientes para a democracia deliberativa⁵⁸⁵. Assim, a democracia deliberativa não se coloca entre a *liberdade dos antigos* e a *liberdade dos modernos*, entre autonomia pública e autonomia privada, mas é uma estratégia de política democrática que prescinde da composição das duas vertentes⁵⁸⁶.

Cohen traz como exemplo o problema do financiamento das eleições apreciado pela Suprema Corte norte-americana no caso *Buckley v. Valeo*. De acordo com o entendimento da Corte, o financiamento das campanhas eleitorais não poderia ser restringido sob o argumento de que alguns discursos políticos, que contavam com forte contribuição financeira, estariam calando os discursos menores, ou seja, os que recebem menos investimentos. De acordo com a Suprema Corte, a liberdade de expressão não pode ser restringida por motivos econômicos. Para Cohen, não há justificativa para defender que o direito de liberdade de expressão é mais importante que o direito de igualdade política. De acordo com os *princípios da inclusão deliberativa e da participação*, a igualdade política é condição para a garantia de uma influência igualitária efetiva no processo democrático; assim, para

⁵⁸³ COHEN, Josuha. Procedimento e Substância na Democracia Deliberativa..., p. 133-134.

⁵⁸⁴ COHEN, Joshua. Democracy and Liberty..., p. 203.

⁵⁸⁵ COHEN, Joshua. Idem, p. 224.

⁵⁸⁶ COHEN, Josuha. Procedimento e Substância na Democracia Deliberativa..., p. 121.

Cohen, a conciliação entre liberdade de expressão e igualdade política só seria possível através do financiamento público das campanhas, única forma de corrigir as violações do princípio da participação. Diante disso, defende Cohen que o financiamento público daria igualdade de acesso aos cargos públicos, apresentando-se, assim, como uma estratégia de aquisição de poder e não de restrição de poder⁵⁸⁷.

Portanto, entende-se que uma concepção de democracia adequada ao Estado Democrático de Direito deve partir da premissa de que a democracia não é só procedimento, mas envolve também substância. A democracia deliberativa que se assume aqui como vetor para análise dos trabalhos da jurisdição constitucional no Estado Democrático de Direito não é mera deliberação, é também o reconhecimento de que todos os cidadãos possuem direitos fundamentais, isto é, que todos são livres e iguais e estão habilitados a participarem do discurso⁵⁸⁸. Isso não significa, no entanto, que os direitos fundamentais estejam completamente fora da agenda da arena democrática, condição que fatalmente violaria a democracia. Assim, se por um lado é completamente descabida a proposição de eliminação dos direitos fundamentais, uma vez que isso representaria a própria violação das condições democráticas, por outro é preciso reconhecer que esses direitos não se encontram num patamar de intangibilidade, o seu conteúdo e interpretação devem estar sempre no centro de um procedimento democrático deliberativo que observe e efetive todas as condições para a realização de um debate justo e verdadeiramente democrático⁵⁸⁹. Nesse sentido, vale a transcrição de uma passagem de extrema lucidez de Seyla Benhabid:

⁵⁸⁷ COHEN, Josuha. Idem, p. 35-138.

⁵⁸⁸ BENHABIB, Seyla. Sobre um modelo deliberativo de legitimidade democrática... p. 65.

⁵⁸⁹ Para Luigi Ferrajoli, a constitucionalização dos direitos fundamentais, como fundamento de legitimidade do sistema político e limite ao legislador ordinário, deu à democracia uma dimensão *substancial* que complementa sua tradicional dimensão procedimental. A dimensão *substancial* composta pelos direitos fundamentais individuais e sociais compõe o que Ferrajoli chama de *esfera do indecível*, que funciona como *limite* e um *complemento* ao regime democrático. Um limite na medida em que configuram proibições e limitações à vontade da maioria e um complemento porque são garantias para a proteção dos valores mais fundamentais da sociedade, como a própria democracia. Assim, a dimensão *substancial* da democracia funciona como um fator de legitimação ou (des)legitimação da decisão democrática da maioria e garante o pleno funcionamento dos regimes democráticos (FERRAJOLI, Luigi. **Derechos y Garantías**. 5ª. ed., 2006. Luigi. Madrid: Trota, 2006, p. 16). Michelangelo Bovero refuta a democracia *substancial* cunhada por Luigi Ferrajoli, que, na sua opinião, coloca direito e democracia como sinônimos. Para Bovero, a democracia é estritamente formal, define regras e procedimentos para decisões políticas. Os direitos fundamentais são apenas limites externos à prática democrática, de modo que apenas os direitos de liberdade, igualdade e

“Quando as liberdades e os direitos básicos são violados, o jogo da democracia é suspenso e transforma-se num regime marcial, em guerra civil, ou em uma ditadura; quando a política democrática está em pleno vigor, a política é acima de tudo o debate acerca do significado destes direitos, o que eles nos atribuem ou não, seu alcance e vigência. Numa democracia, não se pode mudar uma determinada interpretação dos direitos e liberdades básicas sem levá-los absolutamente a sério.”⁵⁹⁰

Por conseguinte, entende-se que os direitos fundamentais e a democracia vivem em um processo de *validação recursiva e hermenêutica* feita através da sua abertura e contestabilidade constante⁵⁹¹ proporcionadas por um modelo democrático que inclui o pluralismo. Defendeu-se aqui que apenas a representação, ou uma compreensão procedimental de democracia, não são capazes de realizar essa interação, sendo preciso, portanto, um modelo democrático que inclua os cidadãos em condições de igualdade e liberdade nas práticas democráticas e seja capaz de extrair do processo democrático uma decisão pública que resgate a autonomia pública e a igualdade dos cidadãos. Acredita-se que os contornos gerais da concepção deliberativa de democracia acima traçados compõem um conjunto de condições que devem ser levadas em consideração nas democracias contemporâneas. Como já referido, diversas vezes no decorrer do texto, não se trata de dispensar o sistema representativo, mas de buscar mecanismos que reforcem o procedimento democrático sem negligenciar a proteção dos direitos fundamentais.

Por fim, quer-se ressaltar a necessidade de compreender que a democracia é dinâmica e nunca será realizada plenamente⁵⁹². A democracia é aquilo que se

direitos políticos são pré-condições para a democracia e não sua vertente *substancial*. (BOVERO, MICHELANGELO. In: **DOXA. Isonomia. Revista de Teoría y Filosofía del Derecho** nº. 16, 2002, p. 21-38. Disponível em: <http://www.cervantesvirtual.com/portal/DOXA/isonomia.shtml>. Acesso em: 09.ago.2009.) Diante desses argumentos, Ferrajoli responde lembrando que a história já comprovou que apenas uma democracia limitada é capaz de assegurar a própria democracia, os direitos fundamentais, o pluralismo político, enfim, o sistema de regras que garantem a própria democracia. Por isso, os direitos fundamentais não são apenas uma pré-condição da democracia, pois, “... uma condição, quando é considerada necessária, equivale a um requisito essencial e, portanto, está necessariamente incluída, como condição *sine qua non*, na definição do termo a definir.” (FERRAJOLI, Luigi. Las Garantías Constitucionales de Los Derechos Fundamentales. In: **DOXA. Cuadernos de Filosofía del Derecho** nº. 29, 2006, p. 17-21. Disponível em: <http://www.cervantesvirtual.com/portal/DOXA/cuadernos.shtml>. Acesso em: 09.ago.2009). Em que pese a concepção de democracia de Ferrajoli ser coerente com a que se apresenta neste trabalho, ela peca por retirar completamente os direitos fundamentais do debate democrático. Em uma democracia pode e deve haver limitações, mas não se pode conceber questões que sejam *indecidíveis* como propõe Ferrajoli.

⁵⁹⁰ BENHABIB, Seyla. Sobre um modelo deliberativo de legitimidade democrática..., p. 69.

⁵⁹¹ BENHABIB, Seyla. Idem, p. 70.

⁵⁹² MOUFFE, C. Pluralismo e democracia moderna: em torno de Carl Schmitt. In: **O Regresso do Político**. Tradução: Ana Cecília Simões, Lisboa: Gradiva, 1996, p. 159.

pode denominar de *aporia*, uma experiência que não pode ser experimentada, ou seja, a democracia é sempre um objetivo pela qual a sociedade nunca deve parar de lutar para consolidar. Como explica Jacques Derrida, a democracia é um “por vir”, o que não se confunde com a ideia de democracia do futuro, pelo contrário, é a eterna incompletude da democracia do presente. A “democracia por vir” é uma democracia autocrítica, que sempre questiona o seu próprio valor democrático. Por isso, para Derrida, no instante em que uma sociedade acreditar ser plenamente democrática ela já não será mais democrática⁵⁹³. Assim democracia deve ser uma luta eterna em prol do seu próprio aperfeiçoamento⁵⁹⁴. Não há um modelo democrático último e definitivo. A luta pela construção de uma sociedade cada vez mais democrática é o único caminho para a garantia da verdadeira essência da democracia e para a fuga de uma democracia totalitária⁵⁹⁵.

⁵⁹³ Em nome de uma hiper-ética (entrevista concedida a Evando Nascimento). **Jornal Folha de São Paulo**. Caderno *Mais!* Publicado em 15 de agosto de 2004. Disponível em: http://www.derrida.ufjf.br/corpo_entrevistas.htm. Acesso em: 10 de jun.2008. No mesmo sentido Menilick de Carvalho Netto: “... sabemos que a democracia é um regime improvável, pois sempre requer que se corra o risco ínsito às suas práticas, ou, de modo contrário, instauramos a ditadura. Nada pode prepará-la, pode-se apenas buscar praticá-la e sempre de modo tendencial, a contruir instituições que possam lidar com a possibilidade inafastável da burocratização, da corrupção, das tentativas de golpe e etc.” (A contribuição do direito administrativo enfocado na ótica do administrado para a reflexão acerca dos fundamentos do controle de constitucionalidade no Brasil: um pequeno exercício de teoria da constituição..., p. 4).

⁵⁹⁴ Essa também é a lição de Pontes de Miranda ao afirmar que “Nem todas as democracias são iguais. Democracia não é roupa que se ordene sob medida, ou se adquira feita para se vestirem os países. Há ideal democrático e inúmeras formas variantes, imperfeitas, que vão do mínimo (a que se possa chamar, sem risco de erro, democracia), até à forma ideal e à execução ideal. Esse ponto merece toda a atenção e não raro se olvida: há evolução democrática no sentido de que cada vez maior e mais eficaz intervenção do povo no governo e na escolha do seu destino. **Nenhuma época corresponde ao mais alto grau, nem possui a melhor democracia. Há sempre deficiências a serem preenchidas, defeitos a serem corrigidos, meios de mais exato ou mais fácil funcionamento a serem adotados, que se já conhecem, ou a serem inventados, se faz falta.**” (**Democracia, liberdade e igualdade: os três caminhos...**, p. 213, *grifou-se*).

⁵⁹⁵ A ideia de democracia totalitária é desenvolvida pelo constitucionalista lusitano Paulo Otero, quem afirma que “ao contrário de tudo quanto se possa imaginar, as democracias dos Estados de matriz ocidental, apesar de fundadas nos princípios do pluralismo e da tolerância, revelam em diversos aspectos de sua vivência social, política e cultural uma surpreendente presença de vestígios típicos de modelos totalitários.” (**A Democracia Totalitária: Do Estado Totalitário à Sociedade Totalitária**. A influência do totalitarismo na democracia do século XXI. Cascais: *Principia*, Publicações Universitárias e Científicas, 2001, p. 151). Assim, a afirmação de que as democracias contemporâneas européias estão impregnadas de traços totalitários se comprova com o *i*) esvaziamento do ‘Estado de Direitos Fundamentais’, *ii*) a divinização do princípio majoritário, *iii*) a degeneração do progresso técnico-científico e *iv*) a metamorfose do Estado de partidos. Essas quatro características da “democracia totalitária” são analisadas pelo autor na obra citada páginas 151 a 230.

1.5.3 A interação entre os pressupostos adotados

Para a análise do papel da jurisdição constitucional nos Estados Democráticos de Direito, parte-se da premissa de que a *constituição*, como uma *norma aberta em constante reconstrução mediante um processo público de interpretação* só tem sentido se for complementada por um modelo deliberativo de democracia, que incentiva a participação do cidadão na discussão pública em condições de igualdade. De nada vale a abertura constitucional se ela não for acompanhada pelo fortalecimento da esfera pública e da abertura dos canais de participação política. Ou seja, a constituição como *processo público de interpretação* só se viabiliza no âmbito de uma sociedade democrática deliberativa que possibilite a inclusão de todos os seus membros nesse processo público de interpretação da constituição. Diante dessa interação entre *constituição como uma norma aberta em constante reconstrução mediante um processo público de interpretação* e *democracia deliberativa*, a jurisdição constitucional, consagrada como a intérprete da constituição por excelência, assume um papel de grande relevância.

Somente uma jurisdição constitucional que reconheça a vivacidade e a dinamicidade da constituição, interpretando-a em permanente diálogo com a democracia, é que poderá assegurar a sua base de legitimidade democrática. Uma jurisdição constitucional que interprete a constituição como um documento rígido e imutável ao longo do tempo com o auxílio de premissas positivistas rompe os seus laços com o povo e, conseqüentemente, perde a sua legitimidade. A velocidade dos novos tempos não consegue conviver com uma jurisdição constitucional atrelada ao passado e insensível às demandas sociais, além de criar um ambiente propício para indesejáveis emendas constitucionais, ou pior, para as temidas rupturas constitucionais. A tarefa da jurisdição constitucional no Estado Democrático de Direito é manter a constituição viva com respeito aos valores mais fundamentais da sociedade.

Contudo, a jurisdição constitucional não pode ter pretensão de tomar apenas para si a interpretação da constituição sobre o pretexto de ser sua intérprete por excelência. Uma constituição aberta demanda um processo público de interpretação. Não se quer reconstruir a constituição conforme os caprichos judiciais, mas de acordo com os valores morais que estão enraizados na sociedade; valores

estes que só se revelam com uma democracia forte e atuante, em que as questões constitucionais estão no centro de um debate público amplo, aberto e inclusivo, em que todos os cidadãos, independente de classe, raça ou religião, são tratados como iguais. Por isso, cabe à jurisdição constitucional interpretar/*reconstruir* as normas da constituição em cooperação com a democracia deliberativa.

Perante o desafio de manter a constituição aberta em conexão com a democracia deliberativa, duas questões fundamentais se colocam no debate sobre o papel da jurisdição constitucional dos Estados Democráticos de Direitos:

i) Qual é a função da jurisdição constitucional de Estados Democráticos de Direito diante de uma *constituição* compreendida *como uma norma aberta em constante reconstrução mediante um processo público de interpretação* e de uma *democracia* que atenda as exigências da *democracia deliberativa* acima traçadas?

ii) Como os juízes e tribunais materializam a concepção de constituição *como uma norma aberta em constante reconstrução mediante um processo público de interpretação*? Ou seja, como a jurisdição constitucional comunica-se com a esfera pública *democrático-deliberativa* no processo de interpretação da constituição? Quais são os meios disponíveis para promover a interação entre a jurisdição constitucional e a democracia?

Essas são as perguntas centrais a que os capítulos a seguir buscam responder.

2. O PAPEL DA JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL NO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO: ALTERNATIVAS TEÓRICAS

2.1 Considerações iniciais

Na primeira parte desse trabalho, observou-se a que a existência e a legitimidade da jurisdição constitucional dependeram, ao longo da história do Estado Moderno, da maneira como cada tradição interpretou e compreendeu a relevância dos ideais democráticos e constitucionalistas para a construção de uma sociedade justa. No entanto, superado o trágico episódio da Segunda Guerra, a necessidade de uma jurisdição constitucional que protegesse os direitos mais fundamentais do ser humano passou a ser praticamente um consenso. Desde então, a jurisdição constitucional vem se fortalecendo e se afirmando como uma instituição imprescindível para a realização dos postulados básicos do Estado Democrático de Direito.

Desta forma, os debates e reflexões sobre a jurisdição constitucional passaram a girar em torno de uma nova pergunta. A longa discussão sobre a legitimidade democrática da jurisdição constitucional para dar a última palavra acerca da interpretação da constituição e invalidar normas elaboradas pelos legítimos representantes do povo está cada vez mais sendo substituída pela seguinte questão: como pode a jurisdição constitucional colaborar para preservação e aprimoramento da Constituição?⁵⁹⁶. Isso não quer dizer que a discussão sobre a legitimidade da jurisdição constitucional para dar a última palavra sobre as questões mais fundamentais das sociedades democráticas deixou de ser relevante, uma vez que em uma democracia que se preze todas as decisões devem estar sempre abertas à discussão e à revisão.

Significa, simplesmente, que diante de uma constituição como a brasileira, que dispõe claramente sobre a existência da jurisdição constitucional (arts. 97 e 102, inc. I, *a* e §1º), a questão central é *o que* pode jurisdição constitucional interpretar, isto é, *qual* é a sua esfera de legitimidade democrática, e *como* deve a jurisdição constitucional interpretar o direito dentro deste espaço para que seus esforços sejam empregados a favor dos valores fundamentais do Estado Democrático de Direito.

⁵⁹⁶ Essa mudança de enfoque nos debates sobre a jurisdição constitucional é apontada por GARGARELLA, Roberto. **Teoría y Crítica del Derecho Constitucional...**, p. 145.

Portanto, com consolidação da jurisdição constitucional na grande maioria das democracias constitucionais, resta saber como essa instituição deve atuar para otimizar os ideais dos Estados Democráticos de Direito. Ou seja, como a jurisdição constitucional deve harmonizar suas atividades diante da abertura da constituição e da exigência de ampliação dos cânones democráticos.

Nesse intuito, diversas teorias sobre a atuação e a posição da jurisdição constitucional no Estado Democrático de Direito foram desenvolvidas. Nesse trabalho focar-se-á nas propostas de John Hart Ely, Ronald Dworkin, Jürgen Habermas e Carlos Santiago Nino⁵⁹⁷, que oferecem grande contribuição para a compreensão do papel da jurisdição constitucional nos Estados Democráticos de Direito. Adverte-se, entretanto, que não se pretende realizar uma análise exaustiva das reflexões feitas por esses autores, pois esse não é o foco central deste trabalho, de modo que o recurso a essas teorias pretende apenas ilustrar o debate acerca da jurisdição constitucional dos Estados Democráticos de Direito e possibilitar o resgate de possíveis critérios normativos que possam auxiliar na definição do papel da jurisdição constitucional brasileira.

2.2 John Hart Ely: a jurisdição constitucional como fiscal da democracia representativa

John Hart Ely, um dos mais importantes constitucionalistas norte-americanos, professor em Harvard, Yale e Stanford, escreveu uma das obras mais influentes do direito constitucional norte-americano⁵⁹⁸, na qual enfrentou o já clássico dilema: como pode em uma democracia, a última palavra acerca da interpretação da

⁵⁹⁷ Outros teóricos de grande relevância para a análise da jurisdição constitucional poderiam ter sido eleitos para essa finalidade; dentre eles destacam-se no cenário norte-americano, John Rawls, Alexander Bickel, Jeremy Waldron, Frank Michelman, Cass Sunstein, Laurence Tribe, Bruce Ackerman, Mark Tushet, Michel Perry, Stephen Griffin; no cenário europeu, Robert Alexy, Klaus Günther Luís Prieto Sanchís, Gustavo Zagrebelsky, Ernest-Wolfgang Böckenförde, Ingeborg Maus; e, no cenário latino-americano, Roberto Gagarella. Contudo, em virtude da limitação de tempo e espaço, escolheu-se aqueles autores que se acredita terem maior possibilidade de contribuir para sobre a jurisdição constitucional brasileira e que têm tido a maior influência nos debates acadêmicos nacionais.

⁵⁹⁸ De acordo com pesquisa publicada pelo Journal of Legal Studies da Universidade de Chicago, John Hart Ely é o quarto professor de direito mais citado de todos os tempos, ficando atrás apenas de Richard Posner (1º), Ronald Dworkin (2º) e Oliver Wendel Holmes. Informação disponível em: <http://www.law.miami.edu/news.php?article=92>. Acesso em: 08.set.2009.

Constituição ser dada por um corpo de juízes não eleitos e imunes a qualquer controle democrático? Ely restringe a tarefa dos juízes a questões procedimentais, pois sua teoria parte de uma concepção procedimental da Constituição, um documento normativo destinado à garantia do processo político democrático, e assume a democracia como um regime essencialmente representativo, fundado no princípio majoritário. Para Ely, as decisões morais de uma sociedade democrática devem ser tomadas pelos legítimos representantes do povo, de modo que nesse cenário compete aos juízes garantir as premissas essenciais para o desenvolvimento de um processo político em que todos estejam em condições de igualdade. Nesse sentido, pode-se dizer que para Ely o *judicial review* é legítimo na medida em que serve como um reforço, uma garantia de funcionamento adequado da democracia representativa.

2.2.1 A superação do debate entre textualismo e livre interpretação

Para explicar e fundamentar sua teoria, Ely inicia retomando o clássico debate travado entre os constitucionalistas sobre a interpretação da constituição, em que de um lado estão os defensores do *textualismo*, que pregam a fidelidade do intérprete ao texto constitucional, e de outro os adeptos da *livre interpretação*, que defendem que a interpretação constitucional deve ser um processo de constante atualização do texto da constituição de acordo com os valores morais contemporâneos⁵⁹⁹. Ou seja, para os *textualistas* a tarefa interpretativa da jurisdição constitucional é limitada à aplicação das normas constitucionais que já foram postas de forma explícita pelos constituintes ou que estão claramente implícitas na constituição. Já para os defensores da *livre interpretação*, a jurisdição constitucional não pode se manter atrelada ao que diz o texto constitucional, o qual deve ser a referência para a interpretação da constituição, a qual só se torna possível com a reunião de elementos que não estão dados pelo seu texto. Desse modo, pode-se

⁵⁹⁹ Ely faz menção a possibilidade de ser comparada a dicotomia *textualismo-livre interpretação*, com embate entre *positivismo-jusnaturalismo*, de modo que o *textualismo* corresponderia ao positivismo e a *livre interpretação* ao jusnaturalismo. No entanto, adverte que não utilizará essas expressões no decorrer da obra para evitar confusões. (**Democracia y Desconfianza Una teoría del control constitucional**. Tradução: Magdalena Holguín. Santafé de Bogotá: Siglo del Hombre Editores, 1997, p. 19).

afirmar que a diferença fundamental entre *textualismo* e *livre interpretação* é possibilidade de se encontrar, ou não, nos limites estritos do texto constitucional, os conteúdos substantivos da constituição⁶⁰⁰.

Ely reconhece que a proposta *textualista* para conferir legitimidade democrática às decisões da jurisdição constitucional é muito sedutora, o que faz com que o *textualismo* não seja uma moda passageira, mas uma teoria adotada, na medida do possível, pela jurisdição constitucional desde o advento do *judicial review*. Essa sedução é explicada, essencialmente, por dois motivos. Primeiro, ao propor um mecanismo de subsunção do fato à norma de forma automática, o *textualismo* compatibiliza-se com concepção tradicional do direito e com a forma como ele funciona. Assim, o *textualismo* afasta uma possível acusação de que o juiz está desviando-se de sua função quando interpreta a constituição de acordo com os valores morais que ele acredita estarem no texto, e não com os valores que de fato estão. O segundo motivo para a sedução do *textualismo* reside na facilidade de justificá-los diante do princípio democrático. Ao recorrer ao texto constitucional sem a intervenção das convicções pessoais, o juiz apenas obedece à vontade democrática inscrita pelo constituinte, reservando-se aos representantes eleitos pelo povo a esfera das decisões morais acerca da sua melhor interpretação⁶⁰¹.

No entanto, para Ely, apesar de muito sedutor, o *textualismo* é uma falácia. Primeiro, quando os juízes que recorrem ao texto da constituição no séc. XXI estão recorrendo a valores elegidos pelo povo do séc. XVIII; dessa forma não se pode dizer que a constituição representa a “voz do povo”. O *textualismo* não aplica a vontade do povo, mas a vontade dos mortos, sendo, por isso, antidemocrático. Se o *textualismo* for compreendido como o trabalho de aplicar a constituição, todos em sã consciência seriam adeptos dele, no entanto, o *textualismo* é a aplicação das premissas explícitas da constituição, o que, como se sabe, é inviável, pois nenhuma interpretação, por mais fiel que pretenda ser, esgota-se no texto constitucional.

Ely adverte ainda que há duas formas de *textualismo*: o amplo e o restrito (limitado por cláusulas). O *textualismo amplo* admite que a interpretação do texto constitucional nem sempre pode ser feita apenas com base na linguagem e na história legislativa, já que algumas disposições parecem requerer uma

⁶⁰⁰ Idem, p. 20.

⁶⁰¹ Idem, p. 22.

suplementação de ordem externa, isto é, de temas gerais presentes no texto constitucional e não totalmente externas a ele. Essa forma parece evitar os perigos do *textualismo* restrito e manter as vantagens dos ideais textualistas. Contudo, não é essa a versão dominante do *textualismo*. Em geral, prefere-se o *textualismo estrito* que defende uma interpretação estrita do texto constitucional, uma interpretação pautada na linguagem do texto e auxiliada pela história legislativa. Essa forma de *textualismo* enfrenta uma séria de dificuldades, pois não raro o próprio texto exige que se vá além dele, sendo necessário, pelo menos de uma forma moderada, adotar a *livre interpretação*. Isso porque as normas constitucionais podem ser específicas ou possuir uma textura aberta. No caso das cláusulas abertas, como a liberdade de expressão, os textualistas defendem que se deve procurar descobrir quais são os males que o constituinte quis evitar com a instituição de uma cláusula constitucional específica e procurar os equivalentes na época contemporânea⁶⁰².

Para verificar se o *textualismo* restrito é possível na interpretação constitucional das cláusulas abertas, Ely analisa as emendas 9ª e 14ª com o método proposto pelo *textualismo*, ou seja, utilizando-se, somente, da literalidade do texto e da história legislativa. Sua conclusão é de que a interpretação dessas cláusulas abertas sempre exige alguma coisa a mais que não se pode encontrar no texto da Constituição ou na intenção dos constituintes, o que conduz Ely a conclusão de que diante de cláusulas constitucionais de natureza aberta, por mais que não queiram e por mais que neguem, a verdade é que o intérprete é forçado a socorrer-se de elementos que estão além do texto constitucional, evidenciando, assim, a absoluta insuficiência do método textualista para a interpretação constitucional⁶⁰³.

Perante a flagrante incompatibilidade do *textualismo* com o princípio democrático, Ely volta-se à análise da *livre interpretação*, a qual defende que a jurisdição constitucional é competente para determinar o conteúdo substantivo das cláusulas constitucionais de natureza aberta indo além do texto constitucional. Para a *livre interpretação*, o juiz é capaz de *descobrir*, ou de *construir*, os conteúdos constitucionais sem recorrer aos seus próprios valores morais, o que para Ely não acontece, uma vez que, de forma consciente ou inconsciente, o juiz que revela os conteúdos substantivos da constituição revela, na verdade, os seus próprios valores.

⁶⁰² Idem, p. 30-32.

⁶⁰³ Idem, p. 29-61.

Ainda, Ely destaca que a afirmação de que os juízes devem controlar o governo, não significa que devam utilizar seus próprios valores para interpretar as cláusulas abertas. A teoria democrática não aceita que os juízes interfiram decisivamente nas políticas públicas que governam o país, premissa consolidada na história constitucional norte-americana desde a publicação de *Os Federalistas*⁶⁰⁴. Portanto, a questão posta por Ely é: como a *livre interpretação* justifica-se diante do princípio democrático? Como se explica que em uma democracia os valores morais da sociedade sejam determinados por juízes não eleitos pelo povo?

Primeiro, Ely trata de afastar os argumentos *realistas*, os quais defendem a impossibilidade de uma interpretação constitucional desprovida dos valores substantivos do juiz. Os realistas apostam nos mecanismos formais de controle da atividade judicial para a garantia de sua legitimidade democrática. No entanto, como demonstra Ely, as tentativas de controlar formalmente os trabalhos da Corte não têm apresentado grande eficácia. Os mecanismos de controle do Congresso sobre a jurisdição constitucional são muito poucos e inoperantes, e a independência do Judiciário é um princípio ainda muito forte. Assim, é tão difícil denunciar um Ministro quanto um Presidente. Também não se pode esperar que as decisões da Suprema Corte sejam revistas através de emendas à Constituição. Ao longo de toda a história norte-americana, apenas em quatro ocasiões isso ocorreu, já que esses procedimentos longos e complexos buscam a não bem vista reforma da constituição. Ainda, a possibilidade de os Presidentes controlarem os trabalhos da Suprema Corte através da nomeação dos Ministros é um engodo. Os Ministros permanecem por décadas na Corte e para modificá-la por completo leva vários mandatos presidenciais; nesse sentido, vale lembrar do caso dos presidentes Truman e Eisenhower, que chegaram a declarar que o pior erro que cometeram em seus governos foi nomear para a Suprema Corte Clark e Warren, respectivamente. Portanto, os controles formais sustentados pelos realistas não são uma forma de assegurar que a Corte não influencie o governo do país com seus valores⁶⁰⁵.

Em oposição aos *realistas*, estão as correntes que reconhecem que as convicções pessoais do juiz não podem ser empregadas para a interpretação constitucional em sociedades democráticas, embora seja impossível restringir a

⁶⁰⁴ Idem, p. 66.

⁶⁰⁵ Idem, p. 66-68.

interpretação à literalidade do texto ou a história institucional. Por isso, defendem que as cláusulas abertas devem ser interpretadas com recurso ao direito natural, a princípios neutros, à razão, à tradição, ao consenso ou ao pensamento vanguardista. Ely afasta essas possibilidades, uma por uma, indicando que, no fundo, todas elas nada mais fazem do que encobrir os valores pessoais do juiz, que permanecem escondidos por detrás destas soluções.

Quanto ao direito natural, Ely argumenta que, ao contrário do que aconteceu com a Declaração de Independência – fundada, explicitamente, em princípios de ordem jusnaturalista – a Constituição americana não apresenta nenhum vestígio de direito natural. Como a Declaração era um grito de Independência, um manifesto revolucionário, uma promessa e um projeto de uma nova Nação, não parecia adequado que recorresse à lei positiva. A ruptura com a ordem vigente exigia a reivindicação de um direito superior, no caso, o direito natural. Já a Constituição era a instauração de um novo governo, um momento de fundação, sendo mais adequada para tanto a utilização do direito positivo, amplamente aceito no momento⁶⁰⁶.

Além disso, atualmente o direito natural está totalmente desacreditado, pois sua abstração possibilita que seja utilizado para defender qualquer coisa, seja por uma causa nobre ou por uma causa discriminatória. Nesse sentido lembra que o direito natural foi invocado tanto pelos abolicionistas quanto pelos proprietários dos escravos, de modo que ideias como propriedade e superioridade racial foram invocadas como direitos naturais. Ainda, deve-se lembrar que não é possível a elaboração de uma doutrina moral universal, pois os princípios decorrentes de uma tal doutrina seriam poucos e abstratos de modo que poderiam fundamentar qualquer ideia, ou seriam numerosos de mais para serem de fato universais. Assim, não dá para confiar em um conjunto de princípios morais que podem ser descobertos metafisicamente para invalidar decisões democráticas⁶⁰⁷.

Já a ideia de utilizar *princípios neutros* para interpretar as cláusulas abertas e afastar os valores substantivos do juiz foi defendida por Hebert Wechesler e amplamente aceita como um elemento fundamental para a legitimidade da decisão judicial, pois seria uma garantia de que os juízes agiriam como uma postura

⁶⁰⁶ Idem, p. 70.

⁶⁰⁷ Idem, p. 74-75.

imparcial. Em essência, a ideia é que a Suprema Corte deveria decidir com base em princípios neutros que transcendessem o caso em questão e pudessem ser aplicados para todos os demais casos subsequentes semelhantes. Contudo, para Ely, a ideia de princípios neutros em nada colabora para a definição de quais são os valores que a Corte deveria adotar como conteúdo dos princípios. Além disso, destaca que não basta considerar os princípios como neutros, eles devem conter também o atributo da generalidade para serem de fato neutros; e, mesmo assim, não se teria garantia nenhuma de que se está diante do princípio adequado. Assim, por exemplo, um princípio que enuncia que “a liberdade de expressão está garantida para todos os americanos republicanos” é neutro, mas não geral. Já o princípio que estabelece que “os legisladores podem fazer o que bem entenderem” é neutro e geral, mas não é adequado⁶⁰⁸.

Outra ideia defendida com um relativo sucesso nos últimos trinta anos é a de que para revelar os verdadeiros valores constitucionais, os juízes devem interpretar as cláusulas de natureza aberta com recurso a um método racional disponível no discurso da filosofia moral. Assim, o direito constitucional dispõe sobre uma filosofia moral que deve ser interpretada pelos juízes, pois o seu distanciamento da população deixa-os desapegados de paixões como as que circundam o Legislativo, e, inevitavelmente, tornam seus juízos repletos de preconceitos e suscetíveis às pressões populares típicas desse ramo do Poder⁶⁰⁹. Diante dessa proposta, Ely afirma que não há nenhum motivo para acreditar que os juízos morais populares são incorretos, de forma que seja necessário deixar a um corpo de juízes que não estão envolvidos com as paixões populares a missão de interpretar a filosofia moral da constituição. Essa premissa não pode ser comprovada com o auxílio da história, por exemplo, já que saber qual juiz melhor formulou os valores da sociedade americana ao longo da história é uma eterna controvérsia⁶¹⁰.

⁶⁰⁸ Idem, p. 75-76. O autor chama a atenção para o fato de que frequentemente se identificou a ideia de princípio neutro com o conservadorismo judicial em virtude de que foi com suporte nele que se teceram as principais críticas para a decisão do caso *Brown vs. Board of Education*. Porém, Ely argumenta que princípios neutros podem assumir todas as formas: conservadoras ou progressistas. A Corte de Warren, assim como todas as demais, utilizou-se de princípios neutros, mas não empregou neles a generalidade suficiente que requer a ideia de princípios e de neutralidade. (Idem, p. 77).

⁶⁰⁹ Idem, p. 78.

⁶¹⁰ Idem, p. 79.

No entanto, o pior erro cometido pelos que acreditam que o juiz deve extrair os valores morais para o preenchimento das cláusulas constitucionais abertas de uma filosofia moral é achar que existe uma filosofia moral sobre a qual concordam a grande maioria dos estudiosos. Mas, qual seria essa filosofia moral? O utilitarismo? O pragmatismo? A justiça distributiva? Para Ely, não existe um “método da filosofia moral”. Nesse sentido, recorda que Dworkin sugere aos juízes que busquem os valores morais de suas decisões em filosofias morais contemporâneas de destaque e importância como a de John Rawls. Mas – questiona Ely –, e se o juiz acreditar que a filosofia moral que melhor explica os valores da constituição é a de Robert Nozick, que chegou a conclusões totalmente diferentes das de Rawls? Nesse caso, a adoção de uma filosofia moral pelos juízes conduziria a uma absoluta falta de sistematicidade das decisões judiciais, já que cada juiz poderia partir de distintos axiomas filosóficos para decidir. Assim, exemplifica Ely, um caso em que os juízes adotassem a filosofia moral como o suporte mais apto a revelar os valores constitucionais, poderia finalizar com o seguinte *quorum*: seis para Rawls e três para Nozick. Rawls invalida a lei⁶¹¹.

No entanto, Ely reconhece que embora a proposta de recorrer a filosofias morais seja absolutamente insatisfatória, a situação atual é ainda pior que a filosofia moral. Não se pode negar que os valores escolhidos pelos magistrados para fundamentar suas decisões são os valores da classe média alta, da qual provém a maioria dos advogados, juízes e filósofos morais. Como explica Ely, é natural que juízes e advogados acreditem que aquilo que entendem como importante (liberdades em geral, privacidade, autonomia pessoal etc.) seja verdadeiramente importante, de modo que os direitos sociais são vistos por essa classe como direitos importantes, mas não fundamentais. Assim, a definição de valores fica prejudicada pela posição política, social e econômica do sujeito que decide.

Portanto, a filosofia moral como fonte dos valores fundamentais é tão vazia quanto os princípios neutros ou os direitos naturais. Ainda, se se quiser defender que a filosofia moral é dotada de conteúdo específico, não se pode deixar de dizer que esse conteúdo é elitista e de baixa densidade democrática, devendo ser rejeitado de imediato. Para Ely, a democracia não teria avançado no sentido de conceder o sufrágio universal para permitir que no final das contas os valores morais

⁶¹¹ Idem, p. 80.

fundamentais da sociedade fossem impostos por advogados e juizes pertencentes à classe média alta. Por esse motivo, concorda com Robert Dahal quando este diz que “Depois de vinte e cinco séculos, praticamente as únicas pessoas que estão convencidas das vantagens de ser regidas por reis-filósofos são (...) unos poucos reis-filósofos.”⁶¹²

Ely prossegue analisando a possibilidade de os juizes socorrem-se da tradição e do consenso como caminhos para a revelação dos valores morais da sociedade.

À primeira vista, a tradição parece ser uma excelente opção, no entanto, seus problemas são notórios. A tradição pode ser utilizada para justificar qualquer coisa e gera uma grande incerteza quanto ao passado e à sua verdadeira essência. Perante a tradição, ficam sem respostas perguntas como: qual é a tradição a que se deve recorrer? A americana? A dos países de língua inglesa? A do mundo todo? E qual é o período relevante de análise? Toda a história? Apenas a história pré-constitucional? E quem disse que a tradição deve ser seguida pela maioria? James Madison? John Brown? Jesus Cristo?⁶¹³ Ainda, o uso da tradição como fonte dos valores constitucionais possui um problema teórico: como é possível utilizar a tradição, que decorre de valores do passado, para determinar os valores morais do presente? O uso da tradição aprisiona a maioria do presente a concepções passadas e conduz à compreensão da constituição como instrumento de controle das maiorias sobre as minorias; quando, na realidade, as cláusulas abertas evidenciam a intenção de que cada geração determine os seus próprios valores. Assim, só seria válida uma tradição positivada no texto constitucional. Pior, o recurso à tradição favorece apenas aqueles que concordam com os valores tradicionais, reprovando os indivíduos que possuem concepções de vida diferenciadas e que provavelmente possuem maior dificuldade de obter uma tutela jurisdicional – esvaziando função contramajoritária que se quer atribuir ao Poder Judiciário. Portanto, a tradição não é compatível com a teoria democrática e com o controle majoritário das decisões públicas⁶¹⁴.

⁶¹² **Democracy in United States...**, p. 24 *apud Democracia y Desconfianza...* p. 81.

⁶¹³ *Idem*, p. 82.

⁶¹⁴ *Idem*, p. 82-85.

Assim como a tradição, eleger os valores constitucionais através de uma base consensual parece ser uma ótima saída. A ideia de valores compartilhados pela sociedade contemporânea seria o caminho perfeito para dar conteúdos à abstração própria dos conceitos de ‘razão’ e de ‘princípio’. Contudo, na prática, o consenso é inútil. Nas sociedades contemporâneas marcadas pelo profundo pluralismo é ingenuidade acreditar que exista um consenso, um valor moral compartilhado por todos. Nem mesmo a proteção da vida é um consenso, haja vista os debates sobre a pena de morte e o aborto. Mesmo que fosse possível admitir a existência de um consenso, seria muito difícil determinar o que de fato é consenso, uma vez que se depender do prisma com que se olha é possível defender a existência de consensos que se opõem. Ainda, a utilização do consenso pelo Poder Judiciário para invalidar uma decisão majoritária, parece uma contradição. Primeiro porque as decisões do legislativo aproximam-se mais do consenso, segundo porque para o Poder Judiciário, um poder contramajoritário que visa à tutela da minoria, não faz sentido algum recorrer ao consenso da maioria⁶¹⁵.

Ely recorda também da crítica tecida por Alexander Bickel à Corte *Warren* por impor uma interpretação dos princípios constitucionais que ela própria acreditava que representaria às gerações futuras um sinal de progresso. Para Ely, o problema desse modo de julgar estava no fato de que não há razão nenhuma para acreditar que os juízes estão qualificados para descobrir os valores morais do futuro. Agindo dessa forma os juízes apenas invertem o dilema da rigidez constitucional que questiona se a geração presente deve ser governada pelos valores das gerações futuras, ou seja, ao predizer os valores morais do futuro, julgando de forma que acredita ser “vanguardista”, os juízes acabam determinando que a geração do presente seja governada pelos valores morais das gerações futuras⁶¹⁶.

Por fim, Ely lembra que durante toda a vida acadêmica, Bickel tentou responder quais são os valores morais fundamentais que podem ser levantados pelo Poder Judiciário contra os valores afirmados pelo Poder Legislativo. Bickel sabia que para descobrir quais são esses valores os juízes não deveriam recorrer aos seus próprios valores, a uma razão universal e objetiva como o direito natural e a princípios supostamente neutros. Também nunca considerou a razão como um

⁶¹⁵ Idem, p. 85-92.

⁶¹⁶ Idem, p. 92-93.

critério autossuficiente, acreditava que a tradição era retrógrada demais e que o consenso, apesar de promissor, não existia nas controvérsias constitucionais; sendo que, mesmo que existisse, não seria a Corte a instituição mais indicada para desvendá-lo. Para Ely, a ausência de resposta para a pergunta de Bickel explica-se pelo equívoco na formulação da própria pergunta, que parte da premissa de que compete ao Poder Judiciário explicitar os valores morais da sociedade. Assim, alguém que passa vida procurando a resposta para a pergunta errada só pode chegar a uma conclusão desesperada como aquela que confia a discricionariedade ao poder judicial⁶¹⁷.

Dessa forma, Ely conclui que o debate entre *textualismo* e *livre interpretação* acerca de qual é a método interpretativo que deve ser adotado pela jurisdição constitucional para garantir a sua legitimidade democrática coloca-nos em um beco sem saída, já que nenhuma das duas teorias – nem aquela que acredita que a interpretação adequada é a que retoma os valores morais de pessoas que já morreram há mais de século, nem aquela que concede à jurisdição constitucional o poder de decidir sobre os valores substantivos da sociedade contemporânea – atendem às exigências dos princípios democráticos inscritos de forma explícita em diversas passagens da Declaração de Independência e da Constituição norte-americana. Nem o *textualismo* consegue manter-se preso ao espírito dos dispositivos constitucionais, nem a *livre interpretação* consegue encontrar uma fonte de valores legítima fora do texto constitucional.

2.2.2 A terceira via proposta por Ely: a jurisdição constitucional em defesa da democracia

Diante da inviabilidade da jurisdição constitucional determinar os conteúdos substantivos da Constituição sem violar a democracia, Ely propõe uma terceira teoria sobre o *judicial review* que pretende ser coerente com a democracia e apta a ser aplicada concretamente pelos tribunais. Como referido logo no início, para Ely o problema central do *judicial review* reside no fato de que os juízes invalidam leis aprovadas democraticamente por meio de decisões que muito dificilmente serão

⁶¹⁷ Idem, p. 94-95.

revistas pelo Poder Legislativo. Assim, tem-se um corpo de juízes não eleitos com competência para dizer aos representantes do povo, democraticamente eleitos, que eles não podem governar como bem entenderem⁶¹⁸. Por isso, é preciso encontrar uma teoria do *judicial review* que trabalhe a favor da democracia e de dentro dos limites da constituição. A proposta de Ely é manter o poder de decidir sobre os valores morais da sociedade nas mãos do povo, cabendo à jurisdição constitucional agir apenas como guardião dos procedimentos democráticos, garantido a abertura dos canais para a participação nesse processo, bem como a sua lisura e o respeito às minorias⁶¹⁹. De acordo com Ely esse é o único caminho que pode explicar o papel da jurisdição constitucional em sociedades democráticas.

Curiosamente, para explicar e fundamentar sua teoria, Ely tem como ponto de partida os trabalhos da Corte Warren, famosa por seu forte ativismo em defesa dos direitos civis. Ely observa os trabalhos da Corte Warren através de um prisma completamente distinto daquele amplamente divulgado. Assim, o seu enfoque não verifica nos trabalhos da Corte Warren decisões substantivas, em que os juízes utilizando-se de alguns dos métodos sugeridos pela *livre interpretação* descobrem qual é o valor moral fundamental que se esconde por detrás das cláusulas constitucionais de textura aberta. Muito pelo contrário, para Ely as decisões da Corte Warren têm natureza essencialmente procedimental, tanto é que suas decisões concentram-se na garantia do devido processo legal judicial, administrativo e legislativo e no direito à igualdade.

Para o processo político de formação das leis, especificamente, a Corte Warren compreendeu que não bastava a garantia do procedimento em si, sendo necessário viabilizar e assegurar a participação de todos, razão pela qual suas decisões deram ênfase especial aos direitos de liberdade de expressão e de

⁶¹⁸ Idem, p. 23.

⁶¹⁹ Em virtude de sua polêmica, vale mencionar a opinião de Mark Tushet sobre a jurisdição constitucional como um mecanismo de defesa dos interesses das minorias. Para o professor norte-americano todas as questões constitucionais, inclusive aquelas que dizem respeito aos direitos das minorias, devem ser decididas pela esfera democrática, pois mesmo as minorias vítimas de preconceito precisam de proteção especial, uma vez que têm força plena na arena democrática. Neste sentido, defende que para as minorias alcançarem seus objetivos na esfera democrática, basta que encontrem uma questão dentro da problemática discutida que seja capaz de dividir a opinião do Parlamento e, propor, para os lados em oposição, que seu voto será entregue para o lado que defender a sua reivindicação. Para o autor, essa estratégia é viável e comprova-se, na prática, nos trabalhos dos partidos religiosos de Israel, além de ter sido utilizada de maneira discreta pelos afro-americanos durante o New Deal e a Great Society. (**Taking the Constitution away from the Courts**. New Jersey: Princenton University Press, 1999, p. 159).

associação política, além de terem caminhado firmemente no sentido de ampliar e tutelar o sufrágio universal e rever as regras de representação que andavam distorcidas pelo procedimental eleitoral então vigente. Contudo, a participação dos cidadãos no processo político só é verdadeira e legítima quando todos os indivíduos que integram a sociedade são considerados iguais e recebem tratamento igualitário. Por isso, justificam-se as decisões da Corte que visaram à proteção das minorias raciais, dos estrangeiros e dos pobres.

Diante dessas decisões, Ely não nega a existência de um forte ativismo, mas destaca que se trata de um ativismo que não está voltado à determinação de valores substantivos, mas à proteção da lisura do processo político e da garantia de acesso e participação em condições de igualdade para todos, já que em uma democracia representativa é o processo político o lugar apropriado para debater e estabelecer quais são esses valores morais da sociedade⁶²⁰. Assim, para Ely, as decisões da Corte Warren que garantiram a abertura dos canais de participação política e corrigiram as discriminações, ao contrário do que defende a esmagadora maioria dos acadêmicos, não são decisões que se caracterizaram por efetivar os valores substantivos fundamentais assegurados pela Constituição americana, mas são decisões que marcaram por ampliar e aperfeiçoar a democracia representativa⁶²¹.

Embora os trabalhos da Corte Warren tenham sido pioneiros na defesa do processo político democrático, para Ely foi a decisão proferida em *United States v. Calorene Products Co.*, em 1938, a verdadeira percussora desse modo de compreender o papel do *judicial review* em democracias representativas. O caso envolvia a constitucionalidade de uma lei que proibia o transporte interestadual de margarina líquida por meio de navio. A questão era saber se tal lei era racional ou não. O caso ganhou notoriedade pela nota de rodapé nº. 4, escrita pelo Juiz Harlan Fish Stone, que estabelecia que a mera racionalidade não é suficiente para determinar a validade de uma lei, sendo necessário verificar se ela restringia ou não o processo político democrático. A famosa nota de rodapé nº. 4 é estruturada em três parágrafos⁶²². O primeiro parágrafo sugere que a Corte deve decidir conforme o

⁶²⁰ **Democracia y Desconfianza...**, p. 98.

⁶²¹ *Idem*, p. 99.

⁶²² There may be narrower scope for operation of the presumption of constitutionality when legislation appears on its face to be within a specific prohibition of the Constitution, such as those of

texto da Constituição, ou seja, sugere a adoção do *textualismo*. Contudo, como o *textualismo* é insuficiente para justificar o *judicial review*, o “algo a mais” trazido pela nota de rodapé nº. 04 está nos parágrafos segundo e terceiro⁶²³.

O segundo parágrafo defende que a função da jurisdição constitucional é garantir o funcionamento adequado do processo político democrático, assegurando a abertura dos canais de participação e comunicação política. Já o terceiro parágrafo explica que o papel da jurisdição constitucional é garantir o direito de igualdade das minorias diante de leis discriminatórias. Dessa forma, o segundo e o terceiro parágrafos, ao clamar por um governo controlado pelo povo e pelo direito à igualdade, respectivamente, simbolizam o ideário norte-americano que se sintetiza no conceito de democracia. Por isso, a função do *judicial review* não é verificar quais são os valores fundamentais assegurados pela constituição, mas garantir a oportunidade de participação igualitária no processo político em que esses valores são eleitos pelos legítimos representantes do povo⁶²⁴.

the first ten amendments, which are deemed equally specific when held to be embraced within the Fourteenth. See *Stromberg v. California*, [283 U. S. 359](#), [283 U. S. 369-370](#); *Lovell v. Griffin*, [303 U. S. 444](#), [303 U. S. 452](#).

It is unnecessary to consider now whether legislation which restricts those political processes which can ordinarily be expected to bring about repeal of undesirable legislation is to be subjected to more exacting judicial scrutiny under the general prohibitions of the Fourteenth Amendment than are most other types of legislation. On restrictions upon the right to vote, see *Nixon v. Herndon*, [273 U. S. 536](#); *Nixon v. Condon*, [286 U. S. 73](#); on restraints upon the dissemination of information, see *Near v. Minnesota ex rel. Olson*, [283 U. S. 697](#), [283 U. S. 713-714](#), [283 U. S. 718-720](#), [283 U. S. 722](#); *Grosjean v. American Press Co.*, [297 U. S. 233](#); *Lovell v. Griffin*, *supra*; on interferences with political organizations, see *Stromberg v. California*, *supra*, [283 U. S. 369](#); *Fiske v. Kansas*, [274 U. S. 380](#); *Whitney v. California*, [274 U. S. 357](#), [274 U. S. 373-378](#); *Herndon v. Lowry*, [301 U. S. 242](#), and see Holmes, J., in *Gitlow v. New York*, [268 U. S. 652](#), [268 U. S. 673](#); as to prohibition of peaceable assembly, see *De Jonge v. Oregon*, [299 U. S. 353](#), [299 U. S. 365](#).

Nor need we enquire whether similar considerations enter into the review of statutes directed at particular religious, *Pierce v. Society of Sisters*, [268 U. S. 510](#), or national, *Meyer v. Nebraska*, [262 U. S. 390](#); *Bartels v. Iowa*, [262 U. S. 404](#); *Farrington v. Tokushige*, [273 U. S. 284](#), or racial minorities, *Nixon v. Herndon*, *supra*; *Nixon v. Condon*, *supra*: whether prejudice against discrete and insular minorities may be a special condition, which tends seriously to curtail the operation of those political processes ordinarily to be relied upon to protect minorities, and which may call for a correspondingly more searching judicial inquiry. Compare [17 U. S. 428](#); *South Carolina v. Barnwell Bros.*, @ [303 U. S. 177](#), [303 U. S. 184](#), n 2, and cases cited. (Disponível em: <http://supreme.justia.com/us/304/144/case.html>. Acesso em: 07.set.2009).

⁶²³ Ely conta que a incompatibilidade do espírito do primeiro parágrafo com os parágrafos segundo e terceiro foi explicada apenas recentemente pelo Prof. Lusk, que na época foi assistente do Justice Stone e grande colaborador da redação da nota de rodapé nº. 04. De acordo com Lusk, o parágrafo primeiro não constava originalmente no texto da nota e foi incluído, posteriormente, a pedido do então presidente da Suprema Corte Chief Justice Hughes. (**Democracia y Desconfianza...**, p. 101).

⁶²⁴ Idem, p. 100-101.

Note-se que para Ely, *controle popular e igualdade* compõem o núcleo normativo de uma concepção específica de democracia, qual seja a democracia representativa norte-americana. Como destaca logo no início de sua obra, sempre se afirmou que governar de acordo com o consentimento da maioria era o núcleo do regime político norte-americano. Assim, a democracia majoritária tem sido reafirmada ao longo dos últimos dois séculos pelo direito constitucional norte-americano, de modo que nunca houve entre os constitucionalistas alguém que negasse essa premissa. No entanto, é preciso recordar que desde as origens da Constituição sempre houve a preocupação – a qual está explícita no próprio texto constitucional norte-americano – de impedir que a maioria estabeleça políticas governamentais que as beneficiem em detrimento dos direitos das minorias de forma injustificada. Assim, desde o princípio, o desafio sempre foi encontrar mecanismos de defesa das minorias contra possíveis tiranias das majorias que não se chocassem com o princípio majoritário⁶²⁵. Várias estratégias foram implementadas a fim de garantir igualdade de poder político para os cidadãos, eliminando a fronteira entre minorias e majorias. No entanto, foi com a Emenda 14^a, que estabeleceu a cláusula de igualdade de proteção, que surgiu o dever judicial de garantir a igual representação de todos os cidadãos no processo político democrático.

Todavia, não foi apenas a 14^a Emenda que vocacionou o *judicial review* à proteção de igualdade de representação política; de acordo com Ely, a própria Constituição se ocupa de garantir igualdade procedimental, deixando para o processo político a definição dos valores substantivos da sociedade. Para os constituintes norte-americanos, uma Declaração de Direitos não deveria ser incluída na Constituição, a qual deveria apenas regular o processo político que governa a nação. Para comprovar essa afirmação, Ely tem o cuidado de analisar o texto da Constituição e todas as suas emendas, demonstrando que, de fato, a Constituição é um documento político destinado à definição do processo político democrático e à proteção de sua regularidade, uma vez que suas disposições se inclinam à participação política e à igualdade de tratamento.

Quanto ao texto original da Constituição, Ely observa que sua função é estruturar o governo, dividindo competências e estabelecendo procedimentos de participação e representação, sendo, portanto, um documento voltado à definição

⁶²⁵ Idem, p. 26.

dos procedimentos que regem a vida republicana e não a garantia de valores fundamentais⁶²⁶. Ely analisa ainda todas as Emendas, uma por uma, para indicar que todas possuem um viés procedimental, até mesmo os direitos como a liberdade de religião e a propriedade privada não são vistos por Ely como simples valores substantivos. Quanto ao direito à liberdade de religião da Primeira Emenda, Ely explica que além de ser um valor fundamental que o constituinte quis retirar da arena democrática, trata-se também de um direito que estabelece a separação entre Igreja e Estado, aí a sua função estrutural. Já no que tange à propriedade privada, dispõe a 5ª Emenda que a propriedade privada não será expropriada para uso público sem justa indenização. Para Ely, o que a Emenda quer garantir não é o direito à propriedade privada, mas que nos casos em que ela for expropriada haverá um procedimento que deve ser seguido que funciona como uma proteção das minorias proprietárias contra as maiorias. Finalmente, quanto às onze Emendas promulgadas depois de 1913, Ely observa que cinco destinaram-se à ampliação do sufrágio universal e três trataram da elegibilidade e sucessão presidencial, sendo que apenas duas trataram de valores substanciais e uma delas foi revogada catorze anos depois.

Diante disso, conclui que não se pode negar que a estratégia constitucional norte-americana não está orientada pela definição de valores substantivos, mas orientada a estruturar os processos de decisão, assegurando, primeiro, que o interesse de todos estejam representados devidamente nos processos políticos de tomada de decisões substantivas, e, segundo, que esses processos políticos não instituem práticas discriminatórias⁶²⁷.

Dessa forma, o espaço reservado para a jurisdição constitucional em uma democracia representativa, governada por uma constituição de natureza procedimental, não é revelar os valores morais inscritos no texto constitucional e tampouco descobrir quais são esses valores com recurso a elementos externos à constituição. A jurisdição constitucional desempenha nesse cenário um papel essencial, que não é contra a democracia, mas a sua própria garantia de existência

⁶²⁶ Vale destacar que apesar de predominarem na Constituição disposições que definem procedimento, Ely reconhece que há algumas passagens que são verdadeiras garantias de valores substantivos, tais como a proibição de taxar o comércio entre Estados, que representava o valor da liberdade de comércio, e a proibição da “corrupção do sangue”, que estabelece que pena não poderia passar da pessoa do condenado para seus herdeiros. Além da escravidão, que foi protegida depois de 1808. (Idem, p. 118-119).

⁶²⁷ Idem, p. 127.

e fortalecimento. Como explica o próprio Ely, a sua teoria sobre o *judicial review* nas democracias representativas assemelha-se ao papel do Estado diante de práticas antitrustes na economia. Assim como os Estados só intervêm para corrigir as distorções e fazer com que o sistema concorrencial retorne à normalidade, o Poder Judiciário só deve intervir no processo político democrático regulado pela constituição quando os canais de participação política são bloqueados a fim de que somente alguns permaneçam no poder, excluindo o direito de participação dos demais, ou quando os representantes eleitos pela maioria governam passando por cima dos direitos das minorias por hostilidade ou preconceito, inviabilizando à igual proteção de todos os cidadãos que é exigida pela democracia representativa⁶²⁸.

Para Ely, dentro da estrutura institucional do governo, não há ninguém melhor para tutelar os procedimentos democráticos inscritos na Constituição do que o Poder Judiciário. Primeiro porque parece óbvio que não se pode esperar que os representantes eleitos pelo povo reconheçam seus próprios erros. Segundo, porque o Judiciário é o único Poder que está afastado da política. O distanciamento dos juízes das disputas eleitorais e garantia de estabilidade no cargo permitem que atuem de forma objetiva e independente, sem ter que se preocupar com a avaliação popular do seu trabalho. Terceiro, os juízes são mais qualificados para tratar de questões processuais porque é da natureza da Constituição norte-americana a abordagem de direito voltados à garantia de liberdade e igualdade para a participação do processo político democrático⁶²⁹. Ou seja, não há na Constituição norte-americana a disposição da proteção de valores substantivo, mas de procedimentos voltados à garantia de que esses valores serão debatidos e elegidos de forma livre e igualitária por todos os cidadãos, majorias e minorias.

Portanto, em uma democracia representativa, os juízes não podem substituir os cidadãos na escolha dos valores morais em conflito na sociedade, sua função é, simplesmente, assegurar que a decisão democrática seja fruto de um processo político em que todos os cidadãos podem participar em condições de igualdade. Essa é a única fórmula que, de acordo com Ely, justifica o *judicial review* perante a democracia e também à separação de poderes.

⁶²⁸ Idem, p. 129-130.

⁶²⁹ Idem, p. 114.

2.2.3 Algumas reflexões críticas: a democracia, os direitos sociais e as minorias

Embora a proposta de Ely seja extremamente atraente para explicar a legitimidade da jurisdição constitucional, uma análise mais detida de alguns de seus elementos pode suscitar dúvidas quanto aos seus méritos em um Estado Democrático de Direito.

Primeiramente, é preciso destacar que apesar de Ely assumir, explícita e constantemente, um compromisso com o modelo de democracia representativa, é o próprio Ely quem reconhece que esse modelo pode ser falível e, principalmente, opressor, razão pela qual deve ser controlado e delimitado por uma instituição independente e apta a fazer valer os procedimentos inscritos na Constituição, assim como é a jurisdição constitucional. Contudo, Ely refere-se apenas a uma das possíveis falhas do procedimento democrático: *o bloqueio dos canais de participação política em condições de igualdade*. Assim, para Ely, uma vez eleitos os representantes do povo por meio de um processo político aberto e inclusivo, em que todos participaram com a mesma parcela de poder político, a democracia se realiza de forma plena. Nesse sentido, adverte o próprio autor que se o Poder Legislativo for composto por alguns “palhaços”, não há nada a ser feito, já que em uma democracia o povo que elege “palhaços” como seus representantes; são palhaços como representantes que esse povo merece ter⁶³⁰. Ou seja, para Ely, a democracia representativa funciona de forma satisfatória desde que estejam abertos à participação no processo político para todos os cidadãos em condições de igualdade, não sendo relevante o conteúdo decisões tomadas pelos “palhaços” devidamente eleitos.

Essa defesa absoluta do sistema democrático representativo puro nos conduz a questionar, seriamente, até que ponto a democracia representativa é uma boa concepção de democracia para os Estados Democráticos de Direito e, conseqüentemente, se ela pode ser utilizada como referência para a definição do papel da jurisdição constitucional neste paradigma. Deve-se lembrar que, com a democracia representativa, Ely quer assegurar uma situação de estabilidade na qual nenhum grupo possa dominar os demais. A origem dessa versão de democracia remete-se aos escritos de Madison em *O Federalista*, que visava evitar a tirania e

⁶³⁰ Idem, p. 165.

equilibrar o poder entre os distintos grupos, ideia sobre a qual se originou o sistema de freios e contrapesos. Para Ely, os juízes devem evitar que um grupo se aproveite do poder, se mantenha nele e retire do seu exercício vantagens que não são atribuídas aos demais grupos. Como bem sintetiza Gargarella, o objetivo de Ely é “... assegurar uma democracia representativa estável, na qual todos os possíveis afetados por uma certa decisão tenham a possibilidade de expressar seu próprio ponto de vista.”⁶³¹

A pretensão de assegurar a todos os grupos sociais igual poder político e acesso livre ao processo político democrático é de importância fundamental. Todavia, entende-se que esse é apenas o primeiro requisito fundamental de uma democracia nas sociedades contemporâneas. Restringir a democracia a um sistema de governo voltado a evitar o abuso de poder de um grupo sobre o outro através da distribuição igualitária de poder político e acesso ao processo democrático não parece compatível com a necessidade de ampliação dos cânones democráticos. A democracia de um regime constitucional não pode ser medida apenas pela adoção do princípio majoritário, independente do conteúdo de suas decisões. A eleição de “palhaços” realmente faz parte do jogo democrático, contudo, permitir que esses “palhaços” tomem decisões sobre os valores morais em disputa nas sociedades livres de qualquer limite substantivo não faz parte das regras do jogo. Dispensar a relevância dos conteúdos é jogar fora todas as conquistas do constitucionalismo nos últimos dois séculos. Por isso, entende-se que a democracia apenas começa no princípio majoritário, que deve ser complementado por decisões fruto de debates democráticos que reverenciam alguns conteúdos substantivos mínimos.

Ainda no que tange à democracia representativa defendida por Ely, acolhe-se integralmente a crítica feita por Roberto Gargarella, segundo a qual as decisões democráticas para serem dotadas de legitimidade devem, além de serem frutos dos legítimos representantes do povo, passar por um debate amplo e público. Não se pode aceitar decisões tomadas em silêncio pela mera contagem de votos, pois os votos não auxiliam a formação de opinião e nem sempre expressam adequadamente a vontade do representado. A votação deve ser precedida de debates públicos, uma vez que somente assim é possível conferir informações suficientes para que as decisões sejam mais conscientes, resultado de um processo

⁶³¹ Idem, p. 155.

de reflexão verdadeiro em que há argumentos e contra-argumentos⁶³². Além disso, acredita-se que somente conhecendo o trabalho de seus representantes e os argumentos que são colocados da esfera pública para debates, os cidadãos poderão formar opiniões mais consistentes e exercer, de forma real, o poder político do cidadão defendido por Ely, isto é, o poder do voto, o poder de eleger e reeleger seus representantes. A votação sem debate e publicidade de argumentos torna-se inútil para realização de um processo democrático em que os cidadãos participam de forma consciente e efetiva. O voto não pode ser um instrumento para manobrar a sociedade, deve ser o meio de emancipá-la.

Outras duas questões sobre o conceito de democracia representativa proposto por Ely, precisam ser repensadas: *i)* Quais são os direitos considerados fundamentais para a preservação da abertura dos canais políticos de participação? Ou seja, quais são os direitos sem os quais não é possível a participação efetiva no processo político democrático? *ii)* Qual é o conceito de minoria adotado por Ely? Quais minorias que precisam de tutela judicial para obter igualdade de poder político e, conseqüentemente, igualdade de representação no processo político? As respostas para essas questões são fundamentais para delimitar o alcance do papel do *judicial review* vislumbrado por Ely, porém, como já se adianta, são respostas que também indicam a sua insuficiência e inviabilidade prática.

Quanto aos direitos que devem ser protegidos pela jurisdição constitucional, Ely afirma que se a constituição é o documento político que disciplina e protege o processo político democrático, a função da jurisdição constitucional é tutelar esse processo através da preservação da abertura dos canais de participação com a garantia de direitos como a liberdade de expressão, a liberdade de imprensa e a liberdade associação política, independente de encontrarem-se expressos na Constituição⁶³³. Outro direito a que Ely dá destaque é o direito à igualdade, já que somente a concessão de igual tratamento a todos os cidadãos é capaz de garantir a igualdade de poder político, a igualdade de representação. É com esse argumento, em especial, que Ely defende decisões da Corte Warren que se revelaram profundamente ativistas. Observa-se, desta maneira, que para Ely a participação no processo político democrático depende, essencialmente, de direitos individuais que

⁶³² Idem, *Ibidem*.

⁶³³ **Democracia y Desconfianza...**, p. 133.

o cidadão possui em face do Estado. Não se encontra em sua obra nenhum indício de que direitos como educação, saúde e moradia são direitos fundamentais para um processo político democrático em que todos os cidadãos participam com igual poder político.

Contudo, é notório que para um analfabeto, por exemplo, o direito de liberdade de expressão está restringido e, conseqüentemente, estão consideravelmente bloqueados os canais de participação política. Nesse sentido, Frank Michelman, defende que a partir das premissas postas por Ely pode-se concluir que os direitos sociais também são direitos fundamentais para reforçar a democracia representativa. Sem educação, sem saúde, sem moradia o indivíduo não possui poder político suficiente para participar do processo político democrático de forma efetiva e em condições de igualdade com toda a sociedade, restando para ele fechados os canais de participação no processo político democrático⁶³⁴. Por isso, para Michelman, o critério sugerido por Ely para orientar os trabalhos da jurisdição constitucional – que se resumem na ideia de reforço e preservação da representação democrática – também incorpora a proteção dos direitos sociais, como educação, saúde e moradia. Desse modo, defende que os casos que se aproximam de um dos dois corações do critério de Ely para a garantia do processo democrático – abertura dos canais políticos de participação e a proteção contra a discriminação – devem obter a tutela da jurisdição constitucional independente de estarem expressos no texto da Constituição⁶³⁵, uma vez que “A satisfação dos direitos sociais parece ser um ingrediente crucial para qualquer tentativa séria de eliminar os vestígios de escravidão do sistema democrático representativo”⁶³⁶.

Prossegue Michelman defendendo que como nem todos os direitos estão expressos no texto da Constituição – premissa com a qual Ely concorda –, é preciso reconhecer que alguns direitos só se viabilizam se precedidos da realização de outros. Ou seja, a liberdade de expressão só é alcançada em seu sentido pleno para um cidadão provido de educação⁶³⁷. Ainda, a definição de quais são os direitos fundamentais para a participação do processo político democrático depende das

⁶³⁴ Welfare Rights in a Constitutional Democracy. In: **Washington University Law Quarterly**, nº. 03, Washington: Washington University, Summer, 1979, p. 677.

⁶³⁵ Idem, p. 676.

⁶³⁶ Idem, p. 678

⁶³⁷ Idem, p. 680.

circunstâncias históricas, de modo que os direitos que são reconhecidos hoje como imprescindíveis para a democracia podem ser diferentes daqueles necessários em um tempo futuro, razão pela qual esta não deve ser uma questão fechada⁶³⁸. Assim, por exemplo, talvez o direito à inserção digital seja um direito – se já não é – fundamental para a garantia da democracia em um futuro muito próximo.

É indispensável frisar que a argumentação de Michelman em defesa dos direitos sociais como direitos fundamentais para o processo político democrático, a partir do critério formulado por Ely para a definição do papel legítimo da jurisdição constitucional em regimes democráticos representativos, não é compartilhada por este autor. Para Ely, os argumentos de Michelman não estão totalmente compatíveis com as premissas postas em sua obra. No entanto, essa ressalva é feita por Ely em uma nota de rodapé de um artigo publicado posteriormente à publicação de *Democracy and Distrust*, na qual o autor não explica a razão dessa incompatibilidade, mas reconhece que deveria ter tratado com mais cuidado dos pobres quando abordou a questão de serem ou não serem minorias que requerem proteção judicial para obter igualdade de representação no sistema democrático⁶³⁹.

Para Ely, é uma minoria todo o grupo discriminado pelo legislador por meio de uma “classificação suspeita”, isto é, por uma classificação que não se justifica diante do princípio da igualdade, que exclui determinadas pessoas da vida política e social em razão de preconceito ou estereótipos criados⁶⁴⁰. Assim, leis que promovem uma discriminação negativa contra negros e homossexuais, por exemplo, são leis que devem ser vistas pelos juízes com cautela, pois a classificação utilizada para a discriminação desses grupos sociais é “suspeita” de promover a redução do poder político dos cidadãos que deles fazem parte. Por isso, pode-se dizer que para Ely, a igualdade fundamental é a igualdade de poder político, de participação do processo político democrático em condições isonômicas. Desse modo, uma lei que segrega certos grupos da sociedade coloca-os em condições de desigualdade e, conseqüentemente, oprime o seu poder político de participação, merecendo ser declarada inconstitucional pelo Poder Judiciário.

⁶³⁸ Idem, p. 684-685.

⁶³⁹ Democracy and the right to be different. In: **New York University Law Review**, nº. 56, 1981, p. 399-400.

⁶⁴⁰ **Democracia y Desconfianza...**, p. 178 e ss.

Na obra *Democracy and Distrust*, Ely explica que os pobres não são verdadeiramente discriminados, por isso não podem ser considerados uma minoria típica. Para Ely, o sofrimento dos pobres é decorrente da incapacidade dos governos de fornecer bens e serviços, o que não é motivado por um “desejo sádico” de mantê-los na miséria ou de um estereótipo criado, mas da resistência da sociedade como um todo a aumentar os tributos. Por isso, para Ely os pobres não são discriminados pela sociedade, são tratados com isonomia pelo legislador e possuem o poder político igual ao dos ricos, já que o voto de ambos possui o mesmo valor. Assim, sua situação é fruto de uma conjuntura que impede a sua assistência, sendo que apenas ocasionalmente são vítimas de discriminação por parte do legislador⁶⁴¹.

Todavia, se para Ely as minorias requerem proteção para alcançar igualdade de representação política, é inegável que os pobres, embora possuam o direito de voto, de liberdade de expressão e associação e sejam tratados pela legislação com isonomia diante do restante da sociedade, não possuem o mesmo poder político dos ricos, ou seja, não tem trânsito livre nos canais de participação política. E a razão disso é óbvia. Além de não desfrutarem da influência do dinheiro nas campanhas políticas, não desfrutam de uma série de direitos que são precondições para os direitos de liberdade: educação, saúde e moradia adequadas. Nesse sentido, é absolutamente pertinente a observação de Michelman de que os direitos sociais são fundamentais para a garantia de poder político nas democracias representativas. Estar com fome, sem educação, sem saúde e sem moradia, além de colocar o cidadão em condições de desigualdade na competição política, também o faz membro de um grupo que possui algumas reivindicações políticas características que não são ouvidas e/ou atendidas pelas coalizões políticas majoritárias, ficando subordinadas às suas demandas específicas⁶⁴². Assim, se o critério de Ely para definição de minoria é igualdade de poder político, não há como excluir os pobres dessa categoria, fato que o próprio Ely reconhece ao afirmar que a sua posição em relação aos pobres “... pode ser uma falha da minha análise ...”,

⁶⁴¹ Idem, p. 198.

⁶⁴² Welfare Rights in a Constitutional Democracy..., p. 678.

porém, reafirma também que “.... as premissas das quais eu parto certamente não são completamente irrelevantes.”⁶⁴³.

Vale destacar que no trabalho em que Ely reconhece essa possível falha de sua teoria, destina-se ao esclarecimento de uma questão levantada pelos críticos e com a qual Ely concorda. Acusa-se a obra de Ely de garantir às minorias a tutela judicial contra a discriminação, o que não inclui a proteção do *direito a ser e se comportar de maneira diferente*. A diferença entre a proteção à discriminação e ao *direito a ser diferente* pode ser difícil de perceber à primeira vista, mas logo se torna flagrante. Enquanto a tutela contra a discriminação quer impedir a concessão de tratamento diferenciado (negativo) a uma determinada minoria em razão de preconceito ou estereótipo criado, a proteção ao *direito a ser diferente* não é direcionada à minoria, mas a todos os membros da sociedade individualmente. Assim, existem proibições ao *direito a ser diferente* que são generalizadas, que impõem um comportamento conformado para toda a sociedade, sem discriminar um determinado grupo.

Como explica Ely, o *direito a ser diferente* é assegurado pela Constituição norte-americana pelo menos no que tange à liberdade de convicção política e à liberdade religiosa. Entretanto, ficam no limbo outras liberdades, em relação às quais não se sabe qual é a extensão constitucionalmente protegida⁶⁴⁴, ou seja, não se sabe até que ponto podem ser objeto de regulação do Estado. Ely reconhece que sua teoria não dá uma resposta para essa questão, não indica quando o Poder Judiciário está autorizado a invalidar uma lei que conforma um determinado comportamento social. No entanto, faz duas observações quanto ao direito de ser diferente que julga fundamentais. Primeiro, o *direito a ser diferente* sempre foi respeitado na história norte-americana, o que não foi respeitado é o direito das minorias. Segundo, o *direito de ser diferente* é um direito pensado para a classe média alta, pois os pobres, negros e hispânicos não estão preocupados se podem ou não usar roupas velhas, suas reivindicações são muito mais profundas. Eles não precisam do *direito a ser diferente*, pois já são, seu pleito é o *direito a ser igual*. Assim, conclui Ely que o *direito a ser diferente* de “pessoas como nós”, o direito de

⁶⁴³ Após citar o trecho de *Democracy and Distrust* em que se refere aos pobres, Ely afirma “That, however, may just be a failure of analysis on my part: the premises from which I start are surely not wholly irrelevant.” (*Democracy and the right to be different...*, p. 399, nota nº. 5).

⁶⁴⁴ *Idem*, p. 400.

nossos filhos usarem cabelos compridos, não precisa de tutela judicial, enquanto o *direito das minorias a ser igual* ainda possui uma longa batalha pela frente⁶⁴⁵.

Um aspecto do *direito a ser diferente*, que geralmente toca a minoria, é negligenciado por Ely: o *direito a ter e exercer costumes diferentes*. Os limites toleráveis dos costumes de um determinado grupo social é um dos debates constitucionais mais importantes nas sociedades plurais contemporâneas, que atinge, principalmente, as minorias. O *direito a ser diferente* é muito mais complexo do que o direito de usar cabelos compridos ou aderir ao movimento *punk*, provocando polêmicas até mesmo dentro das liberdades constitucionalmente garantidas que para Ely estariam fora de questão, como a liberdade religiosa e a liberdade política. Assim, por exemplo, embora a liberdade de religião seja amplamente garantida, não se sabe se há e qual é o limite das práticas exercidas nesses cultos. Desse modo questões como “faz parte do direito do cidadão realizar uma cerimônia religiosa que coloca em risco a integridade física dos membros do grupo ou que se utiliza de plantas entorpecentes?” ficam sem resposta certa. Qual é o limite do direito à liberdade de religião, isto é, qual é o limite do *direito a ser diferente religiosamente*? Exemplos reais e complexos, como os das meninas mulçumanas que foram proibidas de freqüentar as escolas públicas francesas com o véu exigido por sua religião não podem ser esquecidos. Tratar do *direito a ser diferente* como um direito que importa à classe média alta é distorção que não se sustenta, além disso, reduz incrivelmente a complexidade e a importância do debate acerca do *direito a ser diferente*, o qual, inevitavelmente, baterá nas portas do Poder Judiciário, que será obrigado a dar uma resposta para qual os critérios da teoria do *judicial review* de Ely não cooperam, como reconhece o próprio autor.

Outra polêmica criada por Ely é ter afastado as mulheres da condição de minoria. Conforme defende Ely, as mulheres possuem pelo menos a metade, senão mais da metade dos votos, e capacidade de influência e persuasão tão grande quanto à dos homens, razões que comprovam sua igualdade de poder político. Se, mesmo assim, os Parlamentos e a vida pública são dominados pelos homens, não havendo uma atuação política consistente por parte das mulheres, isso deve significar que elas estão de acordo com o estereótipo criado sobre sua função na

⁶⁴⁵ Idem, p. 404-405.

sociedade, julgando não haver nada a ser corrigido mediante o voto ou a persuasão pessoal⁶⁴⁶.

Ely admite que um preconceito profundamente arraigado na sociedade pode dificultar a sua correção, especialmente, por iniciativas de suas vítimas, tal como se passou com os escravos. No entanto, utilizar esse argumento para classificar as mulheres como minorias discriminadas na sociedade seria um exagero. Embora as mulheres não tenham uma ação política organizada em defesa dos seus direitos e não elejam candidatos que carregam as suas bandeiras, o reconhecimento de uma minoria, para Ely, decorre da constatação de que existe um obstáculo para que grupo participe do processo político democrático, e não do resultado desse processo⁶⁴⁷. Assim, afirma o autor que “Há uma infinidade de grupos que não atuam no mercado político, porém não é por isso que deduzimos automaticamente que possuem uma ‘mentalidade de escravos’.”⁶⁴⁸ Por isso, a identificação de uma minoria não pode ser feita mediante a análise do seu comportamento no processo político democrático ou de seu resultado, mas da existência concreta de uma obstrução nos canais de participação política.

Dessa forma, defende Ely que diante da total abertura dos canais de participação política para as mulheres, tratá-las como minorias seria a mesma coisa que tratá-las como crianças que acreditam em qualquer coisa que os homens dizem. Na opinião do autor, o que acontece é que muitas mulheres “preferem o velho estereótipo do que a nova libertação.”⁶⁴⁹ Por essa razão, perante as leis que envolvem os direitos da mulheres, o que os juízes devem analisar é a integridade do devido processo legislativo, isto é, se os canais de participação política estavam amplamente abertos para elas. O fato de as mulheres terem sido discriminadas até a década de 30 não explica sua condição de minoria no séc. XXI, uma vez que contemporaneamente elas possuem condições plenas para proteger-se, de modo que se não o fazem é porque por uma razão qualquer optaram por isso⁶⁵⁰.

Como se pode imaginar, essa abordagem feita por Ely provoca inquietações, já que um dos assuntos mais polêmicos nos Estados Unidos, e em

⁶⁴⁶ **Democracia y Desconfianza...**, p. 198-199.

⁶⁴⁷ Idem, p. 200.

⁶⁴⁸ Idem, Ibidem.

⁶⁴⁹ Idem, p. 201.

⁶⁵⁰ Idem, p 204.

diversas democracias ao redor do mundo, refere-se justamente a um direito que está relacionado diretamente à autodeterminação da mulher: o direito ao aborto. Será possível defender que em sociedade machista e religiosa as mulheres possuem poder político suficiente para defender o direito ao aborto em condições de igualdade? Ou será que diante do direito ao aborto as mulheres de fato constituem minorias? Deve o Poder Judiciário reconhecer o direito ao aborto em razão da ausência de força política das mulheres para debater essa questão na esfera pública ou deve apenas garantir as condições para esse debate? Para Ely, evidentemente, o direito ao aborto, como uma decisão substantiva da sociedade deve ser decidido em esfera pública, cabendo aos juízes garantir que os canais de participação política para esse debate permaneçam abertos às mulheres. Contudo, a solução parece não ser tão simples assim. Não raro, o direito ao aborto não é capricho da mulher e envolve outros direitos fundamentais não que podem ser ignorados. O papel do Poder Judiciário diante do aborto é, por certo, uma daquelas questões difíceis que uma teoria procedimental como a de Ely não consegue responder. Excluir as mulheres do grupo das minorias não parece ser o caminho mais apropriado⁶⁵¹.

Em que pese os critérios para definição das minorias propostos por Ely sejam duvidosos em alguns momentos, é relevante destacar que a tutela dos direitos das minorias é um dos pontos que o autor compartilha com aqueles autores que, como Dworkin, são classificados como substancialistas. Assim, pode-se afirmar que a função *contramajoritária* da jurisdição constitucional é um ponto pacífico entre os chamados substancialistas e procedimentalistas. A diferença entre essas duas correntes não está, portanto, na função da jurisdição constitucional de defender as minorias nas sociedades democráticas, mas na perspectiva pela qual enxergam a possibilidade dessa defesa. Uma prova disso é que tanto Ely quanto os substancialistas tomam os trabalhos da Corte Warren como bons exemplos para o papel da jurisdição constitucional em sociedades democráticas. Assim, por exemplo, enquanto Ely compreende a dessegregação promovida por *Brown v. Board of Education* como uma decisão que interpretou o direito de igualdade como um direito procedimental essencial para o igual poder político de negros e brancos, os substancialistas enxergam *Brown v. Board of Education* como a decisão que reinterpretou o conteúdo substantivo do princípio da igualdade, revertendo a

⁶⁵¹ Essa questão será retomada no capítulo 3 tendo em vista os recentes debates sobre o direito ao aborto realizados no Supremo Tribunal Federal.

interpretação consolidada em *Plessy v. Ferguson* a fim de construir uma concepção de igualdade condizente com a moralidade política vigente.

Para o fim, reserva-se a crítica à teoria de Ely que, nas palavras do próprio autor, é “a mais poderosa de nossa época”⁶⁵². Ao propor uma teoria que delega à jurisdição constitucional a competência para invalidar apenas as leis que provocam obstrução nos canais políticos de participação ou geram discriminação que reduz a representatividade dos grupos sociais minoritários, Ely exclui qualquer possibilidade de a jurisdição constitucional analisar o conteúdo substantivo das leis, o que leva à conclusão de que em uma democracia o que importa é a correção do processo político democrático e não o conteúdo das decisões decorrente desse processo. Assim, a objeção levantada por Michel Perry é angustiante: se o procedimento é mais importante que o conteúdo, deveria então a jurisdição constitucional confirmar a constitucionalidade do Holocausto? Como responde Ely, um argumento tão importante como este não pode ser respondido com a objeção de que o Holocausto nunca aconteceria na democracia norte-americana, já que foi em uma democracia que ele nasceu. Porém, para Ely o argumento de Perry é respondido por sua teoria procedimental, já que o Holocausto tinha como alvo a exclusão de uma minoria⁶⁵³.

Apesar de todo o esforço de Ely para afastar da esfera de competência da jurisdição constitucional questões substantivas, o problema permanece. Nesse sentido, é extremamente pertinente a crítica de Dworkin ao afirmar que, por mais que negue, no fundo, a teoria de Ely também pressupõe escolhas substantivas. Como explica Dworkin, a teoria de Ely tem como ponto de partida uma determinada concepção de democracia representativa, contudo, a democracia não é um conceito político exato, pode haver discordância quanto à sua natureza processual ou substancial. Ao realizar um julgamento, o Tribunal precisa adotar uma concepção de democracia, o que é uma escolha substantiva, de modo que o argumento de Ely, de

⁶⁵² **Democracia y Desconfianza...**, p. 215. Outra polêmica posição de Mark Tushet que merece destaque, refere-se ao argumento do Holocausto levantado por Perry. Para Tushet, não se pode justificar a jurisdição constitucional com a esperança de que dela decorram as decisões que desejamos. Nada garante que a jurisdição constitucional atuará contra uma política bárbara como foi a nazista. (**Taking the Constitution away from the Courts...**, p. 163). Com essas opiniões que causam um certo espanto, Tushet defende que uma “Constituição populista”, ou seja, que delegue à esfera pública todas as decisões constitucionais, mesmo que isso implique sucessivas emendas à Constituição. Afinal, o processo de emendas provoca menos instabilidade judicial do que a frequente reinterpretação do texto constitucional e ainda tem a vantagem de ser mais democrático. (Idem, p. 177-179).

⁶⁵³ **Democracia y Desconfianza...**, p. 215-216.

que o Tribunal pode evitar decisões substantivas se julgar a partir de uma determinada concepção de democracia perde o seu valor, pois, a primeira tarefa que lhe é exigida é, justamente, uma decisão substantiva: qual concepção de democracia pretende adotar. Assim, o que Ely faz é apenas sugerir a concepção de democracia que deve ser adotada pelo Tribunal, permitindo que os juízes restrinjam-se à análise de questões processuais. Nesse sentido, Dworkin argumenta que todo julgamento de processo exige um julgamento de substância, o que faz da teoria de Ely uma teoria “... distorcida pelos próprios argumentos.”⁶⁵⁴ Por fim, Dworkin lembra que mesmo com uma concepção de democracia em mãos, o Tribunal seria obrigado a fazer outras escolhas substantivas para proteger a liberdade de expressão⁶⁵⁵, pois, afinal, as liberdades não são autoaplicáveis, estão geralmente inscritas em cláusulas de natureza aberta que exigem interpretação judicial.

Ainda, no que se refere ao dilema entre *substância e procedimento*, Jeremy Waldron adverte que existe uma conexão entre os direitos das pessoas e as suas capacidades de participação política, de modo que não há como pensar em direitos substantivos como direitos que se opõem aos direitos de participação política.

“... não há razão para acreditar que as capacidades morais a respeito dos direitos são apenas capacidades substantivas, como capacidades que se opõem à capacidade de refletir sobre procedimentos. Pelo contrário, a emergência das teorias dos direitos na era moderna foi associada não apenas com uma autoconfiança substantiva na razão individual, mas também com uma certa autoconfiança epistemológica, isto é, uma confiança nos indivíduos e nas suas habilidades para refletir sistematicamente sobre o processo de conhecimento e de deliberação racional envolvida.”⁶⁵⁶ (tradução livre)

Assim, a teoria de Ely de que estão fora da arena democrática as condições procedimentais da democracia perde sentido, uma vez que a retirada de conteúdos procedimentais não é diferente da retirada de conteúdos substantivos. Ambos afetam na mesma medida os direitos e a democracia. Assim, Waldron resume sua crítica à Ely na seguinte frase: “Democracia é, em parte, sobre democracia”⁶⁵⁷.

Portanto, apesar de a teoria de Ely apresentar argumentos que conciliam perfeitamente a jurisdição constitucional com a democracia, fugindo da dicotomia *textualismo e livre interpretação*, deve-se observar que, na realidade, Ely concilia a

⁶⁵⁴ **Uma questão de princípio** Tradução: Luis Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2005, p. 85.

⁶⁵⁵ Idem, p. 86.

⁶⁵⁶ WALDRON, Jeremy. **Law and Disagreement**. New York: Oxford University Press, 2004, p. 295-296.

⁶⁵⁷ WALDRON, Jeremy. Idem, p. 296.

jurisdição constitucional com um conceito de democracia que é essencialmente representação e uma perspectiva puramente procedimental da Constituição, reduzindo-a a um manual da democracia e tornando o *judicial review* um reforço para a representação política – interpretação da democracia e da Constituição que não são compatíveis com a demanda contemporânea de ampliação das bases democráticas para além da mera representação e que ignora o papel fundamental da constituição da definição de valores substantivos da sociedade; os quais funcionam, na realidade, como a própria condição para a democracia.

Processo e substância formam uma simbiose inseparável que não pode ser negada sob pena de violação à própria constituição. Fechar os olhos para valores morais incorporados pela constituição não é uma estratégia realista para a construção da legitimidade democrática da jurisdição constitucional. Portanto, o papel adequado da jurisdição constitucional nos Estados Democráticos de Direito não pode ser deduzido de uma concepção de democracia como representação política e da constituição como um manual do processo político democrático.

2.3 Ronald Dworkin: a jurisdição constitucional como o *fórum do princípio* nas democracias constitucionais

Se a proposta de Ely de conciliar democracia e jurisdição constitucional delimitando o seu âmbito de atuação a questões meramente procedimentais é falha, é preciso então investigar a defesa da legitimidade da jurisdição constitucional para trabalhar com questões substantivas feita por Ronald Dworkin, um dos maiores constitucionalistas de todos os tempos que se destaca por ser um contraponto ao positivismo jurídico resgatando o vínculo entre o direito e a moral sem cair no jusnaturalismo.

Conforme relata Dworkin, o *judicial review* nasce nos Estados Unidos com o argumento de Marshall de que a Constituição deve ser aplicada pelos juízes tal como ela é. No entanto, a simplicidade dos argumentos de Marshall sobre a legitimidade do *judicial review*, que é o orgulho do direito constitucional norte-americano, esconde um enigma: afinal, o que a Constituição proíbe aos Poderes constituídos? O que exatamente representam suas limitações? Ainda, o que justifica

que em uma democracia juízes não eleitos pelo povo tenham a última palavra sobre o que significa a Constituição? Eis aí uma questão sobre a qual a discordância é generalizada e fica ainda mais agravada diante dos casos que provocam divergências. Abdicar do *judicial review*, que tanto tem contribuído para o aprimoramento das instituições republicanas e para a tutela dos direitos constitucionais, não seria a opção mais sensata; por outro lado, abrir mão do governo democrático seria uma escolha desastrosa. Assim, o *judicial review* coloca-se diante um dilema que se define pela contradição entre a democracia e o constitucionalismo, os dois pilares das tradições políticas norte-americanas⁶⁵⁸.

Tradicionalmente, a solução para o dilema *democracia x constitucionalismo* colocado pelo *judicial review* é dada pela tese da *intenção original*, de acordo com a qual, os juízes devem julgar conforme a intenção do constituinte expressa no texto da Constituição. Desse modo, o conteúdo substantivo das decisões judiciais não é obra dos juízes, que apenas reproduzem a o conteúdo substantivo elegido pelo constituinte; o qual, por sua vez estava dotado de ampla legitimidade democrática. Recorrendo à *intenção original*, os juízes servem como a ponte que liga a vontade inscrita na Constituição pelos legisladores eleitos pelo povo à solução dos casos concretos, não havendo aí nenhuma necessidade de uma intervenção substantiva na decisão.

Dworkin argumenta que os defensores da *intenção original* entendem, equivocadamente, que a intenção do constituinte pode ser revelada por fatos psicológicos, por vestígios históricos e pela análise semântica ou conceitual do texto. Não percebem que não há nada para ser descoberto na *intenção original*, a qual é antes um canteiro de obras esperando por construção do que um terreno repleto de respostas prontas. Isso porque a *intenção original* oferece apenas *conceitos* que servem de guia para o desenvolvimento de *concepções*, as quais são formadas a partir de escolhas políticas, e não mediante a reunião de dados históricos e psicológicos. Nesse sentido, explica Dworkin:

“Não há nenhum fato persistente da matéria – nenhuma intenção original estabelecida na história, independente de nossas opiniões sobre a prática jurídica ou constitucional adequada – contra o qual se possa testar a precisão das concepções que construímos. A ideia de uma compreensão constitucional original, portanto, não pode ser o início nem o fundamento de uma teoria da revisão judicial. Na melhor das hipóteses pode ser o meio de

⁶⁵⁸ Uma questão de princípio..., p. 41-42.

uma tal teoria, e o que veio antes não é a análise psicológica da ideia de intenção e, menos ainda, a pesquisa detalhada. É uma moralidade política substantiva – e controversa.”⁶⁵⁹

Portanto, devem ser rejeitadas as concepções formuladas a partir de fatos psicológicos, históricos, por análises semânticas ou conceituais. A ideia defendida pela *intenção original* de que os juízes podem buscar a intenção do constituinte não se sustenta, uma vez que sempre que for revelar a *intenção original* o juiz se apoiará em uma teoria política formulando uma decisão substancial⁶⁶⁰.

Tendo em vista a precariedade dos argumentos oferecidos pela tese da *intenção original*, Dworkin investiga a possibilidade de a teoria procedimental de John Hart Ely conferir uma justificativa adequada para a jurisdição constitucional em face da democracia. Contudo, como se acabou de ver⁶⁶¹, para Dworkin o argumento de Ely de que compete à jurisdição constitucional ser o fiscal da democracia, restringindo-se apenas à tutela das condições democráticas, falha, uma vez que a própria ideia de democracia exige do tribunal uma decisão substancial, isto é, exige que o tribunal formule uma concepção de democracia que tomará como parâmetro em seus julgamentos. Além disso, não há como fugir da interpretação das cláusulas abertas, como a liberdade de expressão, que sempre exigem do intérprete uma decisão substantiva.

Dessa forma, Dworkin conclui que as duas propostas de conciliação do *judicial review* com a democracia fracassam, e fracassam no mesmo ponto: ao resgatar a *intenção original* e ao verificar se o processo político de criação do direito foi realmente justo ou democrático, o juiz toma, inevitavelmente, toma decisões políticas substantivas idênticas às que os defensores da *intenção original* e Ely consideraram inapropriadas para o âmbito judicial. Como explica Dworkin, “A intenção e o processo são ideias nocivas porque encobrem essas decisões substantivas com a piedade processual e finge que elas não foram tomadas.”⁶⁶²

Por isso, para Dworkin, o juiz não só pode como deve proferir decisões fundadas em questões substanciais. Ao contrário do que é frequentemente argumentado, as decisões judiciais substantivas não exigem que os juízes imponham sua própria convicção para a solução do caso nem invadam a esfera de

⁶⁵⁹ Idem, p. 51.

⁶⁶⁰ Idem, p. 76-77.

⁶⁶¹ Cf. item 2.2.3

⁶⁶² Idem, p. 43.

decisão democrática reservada ao legislador. Uma decisão judicial substantiva que se paute em argumentos de *princípios* e que faça uma *leitura moral* da Constituição, conforme os ditames da ideia de direito como *integridade*, é uma decisão judicial que opera a favor dos princípios do Estado Democrático de Direito, uma vez que Estado de Direito não é sinônimo de *legalismo* e a democracia é muito mais rica e complexa do que a regra da maioria.

São esses os argumentos centrais que Dworkin trabalha para a defesa da intervenção legítima da jurisdição constitucional na esfera substancial das controvérsias judiciais que se passa a analisar⁶⁶³.

⁶⁶³ O entendimento de Dworkin de que são legítimas as decisões substantivas da jurisdição constitucional é compartilhada por diversos autores.

Ao defender que o Supremo Tribunal é um caso exemplar de razão pública, as ideias de John Rawls sobre a legitimidade e a extensão dos trabalhos da jurisdição constitucional, aproximam-se bastante da tese defendida por Dworkin. Para Rawls, nas sociedades marcadas pelo pluralismo, na qual convivem inúmeras concepções individuais acerca do bem, existe uma concepção política de justiça compartilhada por todos. Ou seja, embora haja divergências, os cidadãos são capazes de formular um *consenso sobreposto*, de definir, mediante o “uso da razão pública”, os valores políticos fundamentais que orientam a vida em sociedade e colocam-se acima das disputas políticas cotidianas. Esse consenso sobreposto é construindo a partir de um consenso constitucional que reúne “elementos constitucionais essenciais”, os quais a jurisdição constitucional deve defender em face de eventuais ameaças das maiorias. Portanto, a jurisdição constitucional não atua contra a democracia, mas é a instituição que garante uma vontade política superior ao decidir com suporte na razão pública, isto é, ao decidir com argumentos razoáveis que seriam corroborados pelos cidadãos. Nesse sentido, Rawls afirma que “Ao aplicar a razão pública, o tribunal deve evitar que a lei seja corroída pela legislação de maiorias transitórias ou, mais provavelmente, por interesses estreitos, organizados e bem posicionados, muito hábeis na obtenção do que querem. Quando o tribunal assume esse papel e o desempenha efetivamente, é incorreto dizer que é francamente antidemocrático fazê-lo. É de fato antimaioritário no que se refere à lei ordinária, pois um tribunal com poderes de revisão pode declarar tal lei inconstitucional. Não obstante, a autoridade superior do povo dá sustentação a isso. O tribunal não é antimaioritário com respeito à lei mais alta quando suas decisões estão razoavelmente de acordo com a constituição em si, com as emendas feitas a ela e com as interpretações politicamente determinadas”. (**O Liberalismo Político**. Tradução: Dinah de Abreu Azevedo. 2ª ed. São Paulo: Ática, 2000, p. 284). É importante frisar que o conteúdo desses elementos constitucionais essenciais aos quais Rawls refere-se é objeto de controvérsia, uma vez que em sua primeira obra, *Uma Teoria da Justiça*, o autor considerava apenas as liberdades básicas como elementos constitucionais fundamentais, no entanto, em *O Liberalismo Político*, passa a incluir nesse grupo também as necessidades básicas e a *igualdade de oportunidade*, o que não implicou, todavia, a transferência de matérias de políticas públicas para o âmbito da jurisdição constitucional. (**Liberalismo Político...**, p. 277-280). Nesse sentido, confira-se SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. **Teoria da Constituição e Democracia Deliberativa...**, p. 125-126.

Também Robert Alexy posiciona-se a favor das decisões substantivas da jurisdição constitucional em defesa dos direitos fundamentais. Conforme explica o autor, existem três formas de compreender os direitos fundamentais: uma ingênua, uma idealista e uma realista. Para a concepção ingênua não existe conflito entre os direitos fundamentais e a democracia, pois os dois são coisas boas e, portanto, não podem se excluir. Contudo, a ideia de que só pode ter conflito entre o bem e o mal e não entre duas coisas boas, é falsa. A concepção idealista, aceitando a realidade complexa, acredita que a conciliação entre democracia e direitos fundamentais só é possível em uma sociedade ideal. Assim, os direitos fundamentais possuem valores simbólicos nas sociedades contemporâneas. Por fim, apenas a concepção realista é aceitável, já que assume a contradição entre os direitos fundamentais e a democracia afirmando que os direitos fundamentais são simultaneamente

2.3.1 O campo de intervenção legítima da jurisdição constitucional: os princípios

Primeiro, é fundamental destacar que a obra de Dworkin é uma proposta de superação do positivismo jurídico, especialmente o proposto por Hebert Hart, que, na sua luta incansável em busca da construção de um conceito de direito puro, promove a separação entre *direito* e *moral*, concebendo um sistema jurídico composto apenas por regras, as quais sendo insuficientes para a solução de um caso difícil abrem espaço para que os juízes utilizem-se de um *poder discricionário* para decidir por uma dentre as várias soluções possíveis que o direito deixa em aberto.

Para Dworkin, o positivismo está equivocado porque ao insistir na separação entre *direito* e *moral* recusa-se a reconhecer que o sistema jurídico é composto de regras e *princípios*, o que o impossibilita de lidar com a complexidade dos casos difíceis de modo compatível com as exigências democráticas. Assim, diante de casos difíceis, o positivismo entende que o juiz recorre à discricionariedade para criar direitos aplicáveis ao caso e rejeita a possibilidade de o juiz buscar nas práticas jurídicas e na moralidade política da comunidade os direitos morais preexistentes que são capazes de dar uma solução adequada à questão. Porém, para Dworkin, por mais que se negue, a verdade é que o espaço de discricionariedade é preenchido na teoria positivista por padrões que não funcionam como regras, mas como princípios, políticas ou outros padrões quaisquer⁶⁶⁴.

democráticos e antidemocráticos. Os direitos fundamentais são democráticos porque garantem a existência e o desenvolvimento das pessoas, tornando-as aptas a participar do procedimento democrático. Por outro lado, são antidemocráticos porque não confiam no processo democrático, uma vez que dele se retiram. Para Alexy, nas sociedades marcadas pelo pluralismo, os direitos fundamentais conciliam-se com a democracia quando os cidadãos decidem de forma racional que determinadas concepções de bem são fundamentais para a cooperação social, devendo, por isso, ser retiradas do campo de arbítrio do legislador. Assim, os Tribunais, quando na tutela dos direitos fundamentais, não se colocam contra a democracia, contra o Legislador, basta que promovam uma representação argumentativa dos cidadãos em face da representação política do Legislador. A representação argumentativa adequada concilia democracia e direitos fundamentais, dando legitimidade para as decisões da jurisdição constitucional. (ALEXY, Robert. *Derechos Fundamentales e Estado Constitucional...*, p. 37-40).

⁶⁶⁴ **Levando os direitos a sério.** Tradução: Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 36. Vale destacar que o objetivo de Dworkin é bastante distinto do objetivo dos positivistas, “sua preocupação central não é a descrição, mas a justificação. Pretende construir uma teoria que sirva para ser usada por juízes e Tribunais. Dworkin não estuda o direito de fora, tentando descrevê-lo como algo estático, mas vê o direito da perspectiva interna do juiz.” (CALSAMIGLIA, Albert. El concepto de integridade em Dworkin. **DOXA. Cuadernos de Filosofía del Derecho**. nº. 12, 1992. p. 175-176. Disponível em: <http://www.cervantesvirtual.com/porta/DOXA/cuadernos.shtml>. Acesso em: 28.ago.2009).

No entanto, Dworkin adverte que o problema do positivismo não é exatamente a discricionariedade, mas a forma como ela é compreendida. Dworkin reconhece que qualquer julgamento envolve uma certa dose de discricionariedade, pois qualquer julgamento é, de uma forma ou de outra, influenciado pelas convicções do juiz. Contudo, a discricionariedade aceita por Dworkin é bastante diferente daquela incorporada pela teoria positivista. Ao passo que os positivistas contam com uma discricionariedade em sentido forte, que dá ampla liberdade para os juízes decidirem casos difíceis quando na ausência de regras, Dworkin defende que os juízes estão vinculados a direitos morais que incorporam o sistema jurídico dando-lhe completude e servindo de limite e ferramenta para a construção da decisão judicial.

Desse modo, a diferença entre o positivismo e a tese de Dworkin, no que tange à discricionariedade, reside na maneira como a moralidade é incorporada no sistema jurídico. Para o positivismo, a moral só pode ser levada em consideração quando for selada por um acordo ou convenção da comunidade. Assim, a lei só é válida porque é fruto de uma deliberação social. Nesse sentido, Dworkin afirma que o positivismo trabalha com uma *moral convencional* que cria uma fronteira entre o que é direito e o que é moral, de modo que não há direito que não seja o direito legal convencional. Em oposição a essa ideia, adverte que existem direitos morais que não decorrem de um acordo firmado pela sociedade, mas que se justificam em razão de ser seu próprio conteúdo compartilhado pela comunidade, independente de haver o tal acordo. É o que Dworkin chama de *moralidade concorrente*. Nessa hipótese o direito não se reduz a acordos legais e tem validade enquanto houver sustentação social para tanto⁶⁶⁵.

Portanto, para Dworkin, o direito não decorre apenas da *moralidade convencional*, dos acordos firmados na sociedade, mas também de uma *moralidade concorrente* que fundamenta certos direitos morais independente de serem fixados por uma convenção. O reconhecimento da *moralidade concorrente* leva Dworkin a afirmar que, ao contrário do que o positivismo defende, o direito deve ser tratado como um departamento da moral que se distingue por um refinamento posterior feito pelas estruturas institucionais⁶⁶⁶. Por isso, o direito não pode ser compreendido

⁶⁶⁵ Levando os direitos a sério..., p. 85.

⁶⁶⁶ Justice in robes. The Belknap Press of Harvard University Press, 2006, p. 34.

apenas como regra; compõem o sistema jurídico também os princípios inscritos na moralidade política da comunidade que incorporam o sistema jurídico através de normas de textura aberta. Assim, para Dworkin, o sistema jurídico é composto pela moralidade *convencional* e *concorrente*, por regras e princípios.

Os direitos morais – aqueles que são fruto da moralidade concorrente – expressam-se por meio dos princípios que representam a moralidade política da comunidade construída ao longo da história. Ou seja, os princípios não nascem apenas em juízos legislativos ou judiciais, são frutos da moralidade construída ao longo das tradições por uma comunidade de princípios vinculada por laços de fraternidade em que todos aceitam que “... são governados por princípios comuns, e não apenas por regras criadas por um acordo político.”⁶⁶⁷ A força do princípio e sua manutenção no sistema jurídico dependem da preservação da compreensão comunidade de que ele é moralmente válido. Se deixarem de refletir a moralidade política da comunidade, esses princípios não serão mais aplicados, independente de serem anulados ou revogados⁶⁶⁸. Como explica Dworkin, é preciso compreender que os princípios, como direitos morais que indicam

“... simplesmente que a reivindicação de um direito é, no sentido restrito, um tipo de juízo sobre o que é certo ou errado que os governos façam. Além do mais, essa maneira de encarar o direito evita alguns dos conhecidos paradoxos associados com esse conceito. Permite-nos afirmar, sem que soe estranho ou bizarro, que os **direitos podem variar em força e característica de um caso para outro e de um momento a outro na história. Se pensarmos nos direitos como coisas, essas metamorfoses parecem estranhas, mas estamos acostumados à ideia de que juízos morais sobre o que é certo e errado são complexos e afetados com considerações relativas e mutáveis.**”⁶⁶⁹ (grifou-se)

Esses direitos morais são para Dworkin trunfos do cidadão contra o Estado que fazem a ponte entre *direito* e *moral* e devem ser respeitados e observados na aplicação do direito pelas instituições públicas. É importante salientar que a invocação da moralidade e a ausência de um catálogo de direitos morais não fazem com que os direitos morais tenham origem metafísica⁶⁷⁰, pois esses direitos não são dados pela natureza nem possuem uma origem divina, são direitos que resultam de

⁶⁶⁷ **O Império do Direito**. Tradução: Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2003, p. 254.

⁶⁶⁸ **Levando os direitos a sério...**, p. 64.

⁶⁶⁹ *Idem*, p. 218.

⁶⁷⁰ *Idem*, p. XV.

um processo histórico que justifica as instituições sociais como o ordenamento jurídico⁶⁷¹.

O reconhecimento de que o sistema jurídico dialoga com a moralidade política, sendo composto de regras e princípios, levou Dworkin a traçar a distinção entre esses elementos. Conforme adverte, preliminarmente, a diferença entre regras e princípios é uma diferença de natureza lógica. Tanto regras quanto princípios são normas *deontológicas*, que indicam uma obrigação jurídica orientada pela moralidade, no entanto, distinguem-se quanto ao modo como orientam a obrigação. As regras aplicam-se como *tudo ou nada*, ou seja, ou são aplicáveis aos fatos ou não são. A consequência jurídica de uma regra incide direta e imediatamente quando são reunidas as condições exigidas para tanto. Já os princípios não estabelecem direções para a aplicação obrigatória de seu comando, oferecem uma justificativa que orienta a argumentação, por essa razão, a aplicação de um princípio, não é imediata, é feita de acordo com o *peso ou a importância* que tem diante do caso concreto⁶⁷².

Para exemplificar, Dworkin relata o caso *Rigg v. Palmer*, no qual o Tribunal tinha que decidir se mesmo tendo assinado o avô com o objetivo de herdar seu patrimônio, o neto poderia ser herdeiro como queria o testamento. De acordo com a interpretação das regras de sucessão, o neto seria herdeiro. Contudo, o Tribunal levantou um argumento de princípio que estabelece que a execução do testamento poderia ser limitada, uma vez que não é permitido a ninguém “lucrar com sua própria fraude, beneficiar-se com seus próprios atos ilícitos, basear qualquer reivindicação na sua própria iniquidade e adquirir bens em decorrência de seu próprio crime.”⁶⁷³ Desse modo, o neto assassino perdeu o direito à herança em virtude de um

⁶⁷¹ Albert Casalmiglia explica que muitas vezes a teoria de Dworkin é vista como um retorno ao jusnaturalismo, porém essa análise está equivocada. Primeiro porque os princípios não podem ser codificados de uma só vez, como são normas dinâmicas e abertas, os princípios se transformam junto com a sociedade. Assim, se por um lado Dworkin não compartilha com o jusnaturalismo a ideia de que os princípios são transcendentais, imutáveis e universais, por outro, não concorda com a tese positivista de que o direito é um sistema de regras que permite a discricionariedade judicial. Para Calsamiglia a melhor interpretação é a de que “Dworkin pretende inaugurar um via intermediária entre o jusnaturalismo e o juspositivismo sem se entregar a seus reducionismos.” (Por que Dworkin é importante? In: **DOXA. Cadernos de Filosofía del Derecho** nº. 02, 1985. Disponível em: <http://www.cervantesvirtual.com/portal/DOXA/cuadernos.shtml>. Acesso em: 30.ago.2009).

⁶⁷² **Levando os direitos a sério...**, p. 40-43.

⁶⁷³ *Idem*, p. 37.

fundamento de princípio, e não em um direito formulado discricionariamente pelo juiz para a solução do caso.

Os juízes, portanto, não julgam somente com fundamento em regras e diante da insuficiência destas recorrem ao seu poder discricionário, os juízes operam um sistema de regras e princípios que interagem com a moralidade política viabilizando uma decisão que não se funda na convicção pessoal do juiz, mas em princípios jurídicos compartilhados pela moralidade política da comunidade. Assim, pode-se dizer que o julgamento com argumento de *princípio* afasta a discricionariedade defendida pelo positivismo.

No entanto, é preciso estar atento para que os argumentos de princípios não sejam confundidos com argumentos de política (*policies*), sob pena de ilegitimidade democrática da atuação judicial e afronta ao princípio da separação de poderes. Os argumentos de política fundamentam decisões destinadas a atender um objetivo comunitário. Trata-se *standarts* que estabelecem um objetivo econômico, político ou social que deve ser alcançado para melhorar algum aspecto da sociedade. Já os argumentos de princípio justificam uma decisão política que garante direitos individuais ou coletivos em função da exigência de um aspecto da moralidade, como a justiça ou a equidade⁶⁷⁴.

Portanto, os princípios distinguem-se das regras e das políticas (*policies*)⁶⁷⁵. As decisões judiciais devem estar pautadas em regras e/ou argumentos de princípio que asseguram os direitos do indivíduo. Argumentos de política destinam-se a atender fins coletivos, o bem estar geral da comunidade⁶⁷⁶. Em regra, os argumentos de princípio, se transformam em lei em razão de uma decisão do Poder Legislativo pautada por argumentos de política. Nos casos fáceis esta distinção entre princípio e política é evidente, pois o argumento de política foi transformado em uma regra clara pelo legislador. Já nos casos difíceis, torna-se mais complexo saber se uma decisão deve ser fundamenta em argumentos de princípio ou política. O exemplo dado por Dworkin é esclarecedor.

⁶⁷⁴ Idem, p. 26 e 129.

⁶⁷⁵ Como explica Vera Karam de Chueiri, “Há, assim, dois níveis que a noção de princípio atua: internamente em oposição à política, consubstanciando o nervo da teoria da *adjudication* de Dworkin e, externamente, em oposição à regra jurídica, determinando o debate com o positivismo de Hart, o qual será analisado num segundo momento.” (**A Filosofia Jurídica de Ronald Dworkin como possibilidade de um Discurso Instituinte de Direito**. Curitiba: Juruá, 1995, p. 69).

⁶⁷⁶ Na Constituição brasileira, são princípios as normas dos artigos 1º. a 5º. e são políticas as normas do art. 170 e ss, que estabelecem a adoção de políticas públicas.

O autor cita o caso *Spartan Steel*, no qual o dono de uma empresa pleiteia indenização por perdas econômicas em face do seu fornecedor de energia, que deixou de fornecê-la em razão de um corte no cabo de transmissão provocado por negligência de seus funcionários. De acordo com Dworkin, diante do caso, o tribunal poderia questionar se o autor da ação tem direito à indenização ou se seria mais razoável dividir a responsabilidade pelo acidente para não provocar um prejuízo econômico significativo. Caso o tribunal decida que o réu tem direito à indenização, está decidindo com argumento de *princípio*, mas se optar pela segunda opção estará decidindo com um argumento de *política*⁶⁷⁷.

Dworkin defende que os juízes devem julgar com argumentos de *princípio* mesmo nos casos difíceis porque permanece válida a ideia de que os juízes estão subordinados à legislação, premissa que se justifica por dois motivos.

Primeiro, permitir que juízes não eleitos pelo povo julguem com fundamento em argumentos de política seria uma violação à democracia, regime de governo em que o direito é criado por meio de autoridades eleitas a fim de preservar a autodeterminação popular, a liberdade positiva do cidadão. Dworkin reconhece que a democracia representativa talvez não expresse adequadamente os anseios populares em razão das pressões e influências próprias da arena política. Contudo, permitir que juízes, isoladamente, criem direitos, certamente seria uma alternativa pior e menos democrática.

O segundo argumento apresentado por Dworkin para defender uma atividade judicial pautada por princípios destaca que ao argumentar com fundamento em política, o juiz cria um novo direito para o caso e o aplica retroativamente, pegando de surpresa os envolvidos que, ou não sabiam que tinham o direito, ou não sabiam que descumpriram um dever. É unânime a ideia de que sacrificar um direito certo em favor de um novo direito criado judicialmente é errado, assim, como seria errado negar o direito à indenização do autor do caso *Spartan Steel* para atribuir um direito ao réu em nome da eficiência econômica. Conforme explica Dworkin, é isso o que aconteceria se o caso fosse julgado com argumentos de política⁶⁷⁸.

Ao julgar com argumentos de *princípio* o juiz não está só se submetendo à autoridade do legislador, mas reconstruindo o direito de acordo com as diretrizes por

⁶⁷⁷ Levando os direitos a sério..., p. 131-132.

⁶⁷⁸ Idem, p. 132-133.

ele fornecidas. O Judiciário não pode sacrificar uma decisão de princípio, que reconhece um direito fundamental, em nome de uma decisão de política destinada à garantia do bem estar da comunidade ou mais benéfica em termos econômicos, políticos e sociais. O julgamento com fundamento em argumentos utilitaristas ou pragmatistas seria um julgamento político que violaria o princípio democrático, pois cabe ao juiz não a formulação de políticas públicas, mas o reconhecimento e a garantia de direitos fundamentais mediante argumentos de princípio.

No entanto, diante do olhar dos críticos, as coisas não são tão simples assim. Uma objeção frequente é a de que a teoria de Dworkin não dá conta de casos difíceis envolvendo direitos sociais. Roberto Gargarella argumenta que Dworkin tem suas preocupações voltadas apenas aos direitos individuais. Além disso, caso sua teoria entenda os direitos em sua dimensão robusta, incluídos aí os direitos sociais, sua proposta de separação entre argumentos de princípio e de política cairia por terra, pois ao outorgar ao Judiciário a possibilidade de decidir sobre políticas públicas de educação, saúde e moradia, por exemplo, obrigar-se-iam os juízes a julgarem com argumentos de política, levando à inutilidade a democracia e a separação de poderes⁶⁷⁹.

Contudo, essa crítica pode ser afastada. Primeiro porque a tese dos direitos de Dworkin trabalha a partir de uma distinção entre direitos individuais e *finalidades* sociais, e não com a distinção entre direitos individuais e direitos sociais. Ainda, se a tese dos direitos de Dworkin defende que ao Judiciário compete o reconhecimento dos direitos dos indivíduos, por isso deve julgar com argumentos de princípio, exige-se que se reconheçam também os direitos sociais. Isso não seria formular argumentos de política, pois, uma coisa é uma decisão que reconhece o direito à educação de uma criança pautando-se no princípio de que a todos é assegurado o direito à educação – que no âmbito da Constituição de 1988 opera como uma regra –; outra coisa é determinar *como* esse direito deve ser assegurado àquela criança ou restringi-lo em nome de um bem que o juiz entenda mais valioso para o bem-estar de toda a comunidade do que o direito à educação daquela criança específica.

Portanto, entende-se que a distinção entre argumento de princípio e política não só comporta o reconhecimento de todos dos direitos, sejam eles individuais ou sociais, como é de extrema relevância para a decisão judicial porque proporciona

⁶⁷⁹ La justicia frente al gobierno..., p. 77.

uma esfera de atuação democrática da jurisdição constitucional que comporta a relação entre direito e moral: a esfera dos princípios. O emprego da discricionariedade judicial, tal como sugerido pelo positivismo jurídico, ou de argumentos de políticas (*policies*), como querem pragmatistas e utilitaristas, violam a democracia e o princípio da separação de poderes, colando em jogo a legitimidade do exercício da jurisdição constitucional.

Assim, por hora, pode-se concluir que para Dworkin, uma decisão judicial é legítima, respeita a democracia e a separação de poderes, quando faz valer os direitos morais que os indivíduos têm como trunfos contra violações por parte do Estado e da sociedade⁶⁸⁰, ou seja, quando a decisão judicial reconhece e garante os direitos individuais como *uma questão de princípio*⁶⁸¹.

2.3.2 A interpretação dos princípios mediante a leitura moral

Delimitado o campo de atuação da jurisdição constitucional como o campo das regras e princípios que incorporam os valores morais da comunidade, resta saber como interpretá-los adequadamente em um regime democrático. Aqui o problema concentra-se especificamente na interpretação dos princípios, que, como visto, são normas de natureza aberta aplicadas de acordo com o seu peso ou importância diante dos casos concretos. Para a interpretação desses direitos morais

⁶⁸⁰ Como destaca Jorge Reis Novais “... a idéia dos direitos fundamentais como trunfos contra a maioria não é apenas mera exigência política ou moral, ou uma construção teórica artificial. Ela é também o reconhecimento da força normativa da Constituição, da necessidade de levar a Constituição a sério: por maioritários que sejam, poderes constituídos não podem pôr em causa aquilo que a Constituição reconhece como direito fundamental.” (**Direitos Fundamentais: trunfos contra a maioria**. Coimbra: Coimbra Editora, 2006, p. p. 36).

⁶⁸¹ **Uma questão de princípio...**, p. 101. É de extrema importância ressaltar que ao defender que a atividade da jurisdição constitucional está delimitada ao campo dos princípios e ao aceitar que suas decisões sejam marcadas por conteúdos substantivos, Dworkin não nega a importância do processo para adequado desenvolvimento da democracia. Assim, defende que também as questões processuais que Ely toma como objetos do *judicial review* devem ser tuteladas pela jurisdição constitucional. Por esse motivo, entende-se que classificar Dworkin como um “*substantialista*” é uma forma muito redutiva de compreender sua teoria. Sobre a importância do processo, confirmam-se as palavras do próprio autor: “A revisão judicial deve atentar para o processo, não para evitar questões políticas substantivas, como a questão de que direitos as pessoas têm, mas antes em virtude da resposta correta para essas questões. A idéia de democracia é de pouquíssima utilidade na procura dessa resposta. Também não decorre a partir simplesmente do compromisso com o processo, que as chamadas decisões de ‘devido processo legal substantivo’, que Ely e outros deploram, sejam imediatamente excluídas. Pelo contrário, o compromisso com o processo confere a algumas dessas decisões um respaldo novo e mais poderoso.” (Idem, p. 81).

incorporados pela constituição, Dworkin defende o método da *leitura moral*, o qual “... insere a moralidade política no próprio âmago do direito constitucional”⁶⁸².

Conforme destaca Dworkin, a *leitura moral* da constituição não é uma novidade, o que ocorre é que ela é praticada de forma subliminar e inconsciente pelos juízes quando optam por esta ou por aquela interpretação. Quando se diz que um juiz é mais liberal ou conservador, na realidade, está-se apenas indicando a linha de interpretação dos princípios morais incorporados pela constituição que ele adota. Embora fosse muito mais fácil para os juízes justificar que decidem desta ou daquela forma porque assim exige a constituição, os juízes preferem socorrer-se do espírito do legislador ou de uma explicação objetiva do sistema jurídico desvinculada da moral. Isso porque acreditam que reconhecer que fazem uma *leitura moral* da Constituição soaria como um escândalo, pois seria a mesma coisa que acabar com a fronteira entre o direito e a moral, bem como violar a soberania popular inscrita na constituição⁶⁸³.

Todavia, para Dworkin a *leitura moral* é o único método de interpretação do sistema jurídico que dá conta dos casos difíceis de uma forma sincera e honesta, decisões que assumem a *leitura moral* possibilitam um amplo debate democrático sobre os direitos a partir de argumentos de princípio. Contudo, a *leitura moral* não pode ser compreendida como um método de livre interpretação, a sua legitimidade só é aferida quando o juiz compromete-se com a ideia de *direito como integridade*.

Antes de fazer uma breve abordagem sobre o direito *como integridade*, é preciso esclarecer que a *leitura moral* exige que se compreenda que para Dworkin o direito é um conceito interpretativo. Isto é, a construção das decisões legislativas e judiciais é um exercício de interpretação (construção) que estabelece uma conexão entre o direito, a moral e a política. No caso das decisões judiciais, os juízes não encontram o direito dado pelo texto legal, devem decidir com argumentos de princípio que reconheçam os direitos preexistentes das partes inscritos no texto da lei, nos precedentes, nos costumes, nas práticas jurídicas e na moralidade política da comunidade. Assim, a atividade construtiva dos juízes no reconhecimento dos direitos das partes mediante argumentos de princípio é, na verdade, uma atividade reconstrutiva, pois os juízes também não estão livres para criar o direito, modelam

⁶⁸² **O direito de liberdade** A leitura moral da Constituição Americana. Tradução: Marcelo Brandão Cipolla. São Paulo: Martins Fontes, 2006, p. 02.

⁶⁸³ Idem, p. 05.

os fatos e os dados que já estão postos na prática jurídica para justificar o direito da parte de acordo com a moralidade política da comunidade. Essa atividade reconstrutiva opera-se, especialmente, nos casos difíceis, quando os juízes se encontram em meio a uma controvérsia jurídica que fornece uma multiplicidade de argumentos, os quais precisam ser ordenados da melhor maneira possível para garantir o direito que a parte tem.

Para exemplificar, Dworkin sugere uma hipótese que o pleito do autor não é evidente como o direito à indenização do caso *Spartan Steel*. Nesse caso, a decisão do Tribunal poderá ser uma surpresa para as partes, pois deverá observar qual é, na sua interpretação das práticas jurídicas, o direito melhor justificado perante o sistema jurídico e à moralidade política da comunidade, se é o direito do autor ou do réu. Um sistema jurídico formado por regras e princípios é capaz de dar respostas para uma questão controversa como essa sem ter que recorrer à discricionariedade forte do positivismo porque substitui a discricionariedade pela *leitura moral* do sistema jurídico, a qual, portanto, não é criação de um novo direito, mas interpretação/reconstrução do sistema jurídico em conexão com a moral.

Nessa tarefa reconstrutiva, as decisões judiciais devem fazer uma *leitura moral* da constituição orientada pelo princípio da *integridade*, que exige que as decisões judiciais pautem-se pela coerência, artifício que requer que todos sejam tratados com igual respeito e consideração, sendo por isso mais adequado para as sociedades contemporâneas marcadas pelo pluralismo. Ou seja, a decisão judicial não pode ser uma decisão isolada, deve ser uma decisão que se insere em uma prática jurídica orientada pela aplicação de princípios. A *leitura moral* não é um método de interpretação livre, ao contrário do que propunha o positivismo, em casos difíceis a *leitura moral* está vinculada a práticas jurídicas e políticas, pela história institucional, pelos precedentes em que o princípio em questão se fundamenta e de acordo com a ideia de *direito como integridade*, pois, o juiz não está livre para impor suas convicções morais; deve observar a moralidade política da comunidade⁶⁸⁴.

⁶⁸⁴ Idem, p. 14-17. Assim como Dworkin, Rawls defende que os juízes não podem julgar conforme a sua moralidade, devem "... apelar para os valores políticos que julgam fazer parte do entendimento mais razoável da concepção política e de seus valores políticos de justiça e razão pública. Estes são valores nos quais se acreditam de boa-fé, como requer o dever de civilidade, valores que se pode esperar que todos os cidadãos razoáveis e racionais endossem." (**O Liberalismo Político...**, p. 287)

Dworkin exemplifica o método da *leitura moral* afirmando que a primeira emenda da Constituição norte-americana, que garante o direito à liberdade de expressão, apenas reconheceu um princípio moral e incorporou-o ao direito positivo norte-americano. Dessa forma, sempre que for necessário interpretar a liberdade de expressão, será necessário procurar qual é a melhor maneira de compreender esse princípio constitucional abstrato mediante uma *leitura moral*. Ou seja, será necessário buscar a *resposta correta* para a interpretação do princípio que incorpora a moralidade política da comunidade de forma abstrata, resposta que para Dworkin não é discricionária, mas balizada pelo direito *como integridade* que se compromete com o tratamento igualitário de todos os cidadãos.

Em virtude da importância do *direito como integridade* para a *leitura moral* da Constituição e para a teoria de Dworkin como um todo, nas próximas linhas tentar-se-á esclarecer brevemente em que consiste esse ideal.

O direito *como integridade* recusa a ideia convencionalista – que defende que o direito é fruto de convenções e acordos do passado, tal como propõe o positivismo – e a ideia pragmatistas – que defende que o direito é um programa para o futuro. O direito é um conceito interpretativo, voltado para o passado e para o futuro, pois “... interpreta a prática jurídica contemporânea como uma política em processo de desenvolvimento.”⁶⁸⁵ Por isso, para o direito *como integridade* os juízes não descobrem o direito do passado e não inventam o direito do futuro, constroem e reconstróem o direito presente a partir da prática jurídica que interpretam. De acordo com a integridade só é verdadeira a proposição jurídica decorrente de justiça, equidade e do devido processo legal que oferecem a melhor interpretação construtiva da prática jurídica da comunidade⁶⁸⁶. Ao contrário do convencionalismo e do pragmatismo, o direito *como integridade* não tem respostas prontas, ele é “... tanto produto da interpretação abrangente da prática jurídica quanto das suas fontes de inspiração”⁶⁸⁷.

A integridade desafia os juízes a fazerem uma *leitura moral* dos princípios de forma coerente. Assim, a interpretação (*leitura moral*) do princípio da igualdade dada por um juiz em uma decisão deve ser por ele seguida nas demais decisões,

⁶⁸⁵ O Império do Direito..., p. 271.

⁶⁸⁶ Idem, p. 272.

⁶⁸⁷ Idem, p. 273.

sempre procurando aperfeiçoá-la. Para alcançar esse objetivo, os juízes devem aplicar os princípios a partir de uma consistência distributiva. Ou seja, devem optar por uma teoria política que garanta o direito de forma igual para todos. Assim, por exemplo, se o juiz acredita que o direito à liberdade de expressão é um direito fundamental da imprensa de extrema-esquerda, não poderá depois negar a liberdade de expressão para um jornal que tenha inclinações de extrema-direita. A todos deve ser garantida a igual liberdade de expressão. A responsabilidade política atribuída aos juízes é o que estimula o interesse deles nos precedentes e em situações hipotéticas, que servem de instrumento para a preservação da coerência na prática jurídica⁶⁸⁸.

“Os juízes, como qualquer autoridade política, estão sujeitos à doutrina da responsabilidade política. Em sua forma mais geral, essa doutrina afirma que as autoridades políticas devem tomar somente as decisões políticas que possam justificar no âmbito de uma teoria política que também justifique as outras decisões que eles se propõem a tomar.”⁶⁸⁹

Note-se que o julgamento com argumentos de políticas impede o juiz de preservar a coerência. Como exemplifica Dworkin, ele poderia, em um caso, entender que o subsídio a uma determinada empresa é necessário em função das dificuldades por que vem passando, independente de as decisões do passado e do futuro que decidiram ou venham a decidir sobre a concessão de subsídios possam ser pautadas na mesma argumentação política. Por essa razão, a coerência exigida é a coerência na forma de aplicação dos *princípios* que fundamentam a decisão. No caso *Spartan Steel*, por exemplo, se a decisão é fundamentada no princípio de que *não há direito à indenização em virtude de ato de negligência*, torna-se um dever do juiz decidir, em outros casos em que se questiona o dever de indenização por ato de negligência, que não há tal dever conforme já decidido anteriormente, ou que há um dever de indenização em função de negligência justificando porque esse princípio formulado anteriormente não se aplica para a solução do novo caso⁶⁹⁰. A coerência não é obediência cega aos princípios já aplicados.

No entanto, o juiz não deve ser coerente apenas nas suas decisões. Também as suas decisões devem ser coerentes com as normas jurídicas que permanecem em vigor ao longo da história. Isso não quer dizer que as decisões do

⁶⁸⁸ Levando os direitos a sério..., p. 138.

⁶⁸⁹ Idem, p. 137.

⁶⁹⁰ Levando os direitos a sério..., p. 139.

séc. XXI devem seguir a *leitura moral* conferida à Constituição pelas decisões judiciais do séc. XIX. Aqui a exigência de coerência não pode ser confundida com a exigência de continuidade, pois, se fosse assim *Peles v. Ferguson* orientaria a aplicação do princípio da igualdade eternamente e nunca teria sido derrubada por *Brown v. Board of Education*. Porém, felizmente, as coisas não são assim. Como explica Dworkin,

“A integridade exige que as normas públicas da comunidade sejam criadas e vistas, na medida do possível, de modo a expressar um sistema único e coerente de justiça e equidade na correta proporção. Uma instituição que aceita esse ideal às vezes irá, por está razão, afastar-se da estreita linha das decisões anteriores, em busca de fidelidade aos princípios concebidos como mais fundamentais a esse sistema como um todo.”⁶⁹¹

Como o direito permanece sempre em *reconstrução*, a remissão ao passado deve ser feita na medida que as circunstâncias contemporâneas permitirem. A sua importância reside na possibilidade de demonstrar que a prática jurídica atual é justificada por princípios fortemente enraizados na história e de grande importância para o futuro. O recurso à história demonstra que o “... princípio se ajusta a alguma parte complexa da prática jurídica e a justifica; oferece uma maneira atraente de ver, na estrutura dessa prática, a coerência de princípio que a integridade quer.”⁶⁹² Portanto, a remissão às decisões passadas não tem o objetivo de extrair o conteúdo do direito, mas de buscar o sistema de princípios que as justificam⁶⁹³.

Para explicar como a integridade pode ser seguida pelos juízes em suas decisões, Dworkin faz uma analogia da tarefa do juiz com a tarefa de um escritor literário que deverá escrever um capítulo de um *romance em cadeia*. A ideia básica do romance em cadeia é a elaboração de um romance com diversos autores, sendo que cada um escreve um capítulo. Cada escritor da cadeia deve interpretar os capítulos que recebeu para escrever um novo capítulo que será acrescentado à obra. O objetivo de cada um é escrever seu capítulo visando construir o melhor livro

⁶⁹¹ **O Império do Direito...**, p. 264.

⁶⁹² *Idem*, p. 274.

⁶⁹³ Para Habermas “mesmo quem não compartilha essa confiança [na história] ou que se encontre noutros contextos políticos ou jurídicos [diferentes ao de Dworkin], não precisa renegar a ideia reguladora incorporada no Hércules, uma vez que no direito vigente são encontráveis indícios históricos que permitem uma reconstrução racional.” (HABERMAS, Jürgen. **Direito e Democracia: entre faticidade e validade. vol. I.** Tradução: Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003, p. 267). Contudo, na linha de Vera Karam de Chueiri entende-se que a objeção ao recurso à história da teoria de Dworkin faz todo o sentido para o contexto da história constitucional brasileira, marcada por diversas rupturas e regimes autoritários. (O discurso do constitucionalismo: governo das leis *versus* governo do povo..., p. 163).

possível. Para Dworkin, a dificuldade de escrever um belo livro com vários autores que escrevem de forma sequencial é a mesma dificuldade que os juízes encontram para decidir um caso difícil com base no princípio da integridade. Assim, como cada escritor é responsável por escrever seu capítulo de modo a dar coerência e brilho para o romance narrado, como se fosse obra de um único autor, cada juiz é responsável por decidir com fundamento na integridade para dar coerência às práticas jurídicas da comunidade⁶⁹⁴.

Na missão de escrever seu capítulo de forma coerente com a obra, Dworkin sugere que os escritores se orientem por dois critérios. Primeiro, devem observar se a interpretação que fazem da obra observa a *dimensão da adequação*, pela qual se exige que a interpretação adotada seja compartilhada com qualquer autor que se dispusesse a escrever o capítulo que lhe foi atribuído. Ou seja, não pode escolher uma interpretação a qual todos se oporiam. Porém, também não é necessário que todos os detalhes de sua interpretação sejam compartilhados, é preciso uma adequação geral da sua interpretação à percepção crítica dos outros autores. Portanto, deve levar em consideração o que já foi escrito e conceder uma interpretação que faça o argumento central da obra fluir, dando-lhe um poder explicativo geral.

Na sequência, deve observar se sua interpretação observa a *dimensão de justificação*, ou seja, deve justificar por que razão, dentre as várias interpretações possíveis, a sua interpretação é a que melhor se ajusta à obra em desenvolvimento. Aqui deve o escritor levar em conta quais são os juízos estéticos, o discernimento, o realismo ou a beleza das diferentes interpretações que o romance poderia comportar. As mesmas considerações feitas pela *dimensão de adequação* devem ser reproduzidas nessa etapa a fim de demonstrar que a interpretação elegida ajusta-se ao texto como um todo e concede uma integração mais interessante do estilo e conteúdo.

O juiz, tal como escritor do *romance em cadeia*, deve observar as *dimensões de adequação e justificação*. Por isso, deve ver as decisões do passado como capítulos de uma longa história para a qual ele dará prosseguimento de acordo com a melhor interpretação que acredita que possa dar andamento a ela. Para tanto, a decisão judicial deve se *adequar* ao paradigma interpretativo vigente,

⁶⁹⁴ O Império do Direito..., p. 275-277.

ou seja, deve respeitar os direitos morais e os precedentes que sustentam as práticas jurídicas, e justificar porque a interpretação elegida – que já passou pelo teste da adequação – é a melhor interpretação que pode ser extraída para o caso em questão⁶⁹⁵. Ou seja, a decisão para ser legítima deve eleger uma das interpretações permitidas pela dimensão da adequação e justificar o que a faz ser a melhor interpretação dentre àquelas que a dimensão de adequação poderia comportar.

Dworkin reconhece a complexidade da tarefa imposta pela *integridade*, tanto é que para explicá-la mais a fundo utiliza-se de um juiz imaginário; Hércules, quem possui capacidade e paciência sobre-humanas.

Hércules compreende o sistema jurídico como um conjunto coerente de princípios sobre a justiça, a equidade e o devido processo legal que deve ser aplicado aos casos de modo a torná-los justos e equitativos. Ou seja, Hércules assume que existem princípios fundamentais que são compartilhados por toda sociedade, de modo a formar uma comunidade de princípios que respeita a diversidade. Assim, interpreta os princípios da melhor forma possível, considerando o conteúdo das decisões anteriores, a autoridade que a proferiu e em que circunstâncias. No entanto, Hércules só toma como referência os argumentos que reconhecem os direitos morais de cada indivíduo. Não são lhe úteis argumentos em nome do bem-estar geral em detrimento de um direito individual, afinal, Hércules interpreta e aplica somente *princípios* que justifiquem os direitos e deveres que estão incorporados na história e na moralidade política da comunidade. Ainda, em nome da integridade, Hércules verifica se sua decisão mantém um vínculo de coerência com as decisões políticas de sua comunidade de maneira que faça parte de uma teoria coerente que esteja capaz de justificar todo complexo de decisões proferidas⁶⁹⁶.

Note-se que a eleição da melhor interpretação das práticas jurídicas, sua *dimensão de adequação e de justificação* são guiadas pelas convicções políticas de Hércules, o que é diferente de afirmar que suas decisões são baseadas em suas convicções pessoais. Ao formular a *resposta correta*, Hércules não substitui a sua interpretação do direito por suas próprias convicções. Lembre-se de que a

⁶⁹⁵ Idem, p. 286.

⁶⁹⁶ Idem, p. 292-294.

integridade exige que os juízes decidam a partir da moralidade e da história institucional. Os juízes não podem empregar suas convicções particulares sobre a interpretação da constituição, no entanto, a *leitura moral* que ele faz das práticas jurídicas é inevitável. Como explica Dworkin, é legítimo que o juiz siga suas convicções para orientar as suas decisões desde que haja com coerência com as práticas jurídicas⁶⁹⁷.

Hércules talvez seja um dos pontos mais criticados da teoria de Dworkin. Conforme relata o próprio autor, alguns críticos podem argumentar que Hércules é um mito e que representa, por conseguinte, um modelo impossível de ser seguido. Se tentassem imitar Hércules, os juízes de carne e osso teriam todas as suas atividades praticamente paralisadas, pois cada caso exigiria tempo e energia que não estão disponíveis na vida real. No entanto, Dworkin rebate essas críticas explicando que Hércules é útil exatamente porque seu exercício de reflexão expõe as estruturas ocultas de suas sentenças, deixando-as, assim, disponíveis ao debate democrático, ao estudo e à crítica. Contudo, Dworkin reconhece que Hércules faz o que os juízes fariam se tivessem toda uma carreira para dedicar a uma única decisão. Assim os demais juízes precisam não de uma concepção de direito diferente de Hércules, mas de algo que ele nunca precisou cultivar: eficiência e capacidade de administrar com prudência⁶⁹⁸.

Se a crítica ao mito de Hércules pode ser superada, a crítica feita por Habermas de que Hércules possui um discurso monológico é mais complicada de rebater. De fato, reside razão a Habermas quando critica a ideia de Hércules como um juiz solitário que decide de forma isolada sem interagir e dialogar com a comunidade. Como defende Habermas, o juiz de uma democracia “... deve conceber

⁶⁹⁷ A possibilidade de o juiz definir os conteúdos substantivos da Constituição é motivo de severas críticas à teoria de Dworkin. António Manuel Hespanha, por exemplo, critica Dworkin porque entende que mesmo o direito pautado pela ideia de integridade deixa para o juiz uma margem muito ampla de discricionariedade. Como afirma Hespanha, na teoria de Dworkin, “... não é apenas ele [o juiz] quem interpreta a tradição (...), mas é ainda ele quem decide acerca do modo como a tradição *deve ser actualizada (prosseguida)* naquele caso concreto. O direito tende a transforma-se, de produto de um poder (*imperium*) – nomeadamente no poder constituinte e legislativo democrático expresso nas leis ou actos normativos a elas vinculados – no produto do poder de uma autoridade ligada a um saber (*auctoritas*), embora um saber alegadamente enraizado numa interpretação do consenso social – ou de acordo com o sentido da evolução que se nota em R. Dworkin – num mundo de valores absolutos.” Portanto, para Hespanha, o positivismo jurídico de Hart que delimita o que é direito por uma norma de reconhecimento é muito menos discricionário do que a abertura construtivista do que é direito de acordo com a história, os precedentes e a moralidade política. (**O Caleidoscópio do Direito: o direito e a justiça nos dias de hoje**. Coimbra: Almedina, 2008. p. 119-120).

⁶⁹⁸ **O Império do Direito...**, p. 314-316.

sua interpretação construtiva como um empreendimento comum, sustentado pela comunicação pública dos cidadãos”⁶⁹⁹. Assim, Habermas sugere que Hércules amplie suas fontes de conhecimento, buscando por uma interpretação constitucional guiada por uma “sociedade aberta dos intérpretes da constituição” e não “... na personalidade de um juiz que se distingue pela virtude e pelo acesso privilegiado à verdade.”⁷⁰⁰ Por mais que Dworkin entenda que os juízes dialogam com a sociedade quando interpretam a moralidade política da comunidade, deve-se reconhecer que ainda se está longe de um diálogo real e efetivo, o que acaba colocando Hércules como o símbolo de um elitismo inaceitável. Não se pode aceitar que sozinho Hércules, mesmo sendo Hércules, defina os valores fundamentais da sociedade. Note-se que não se trata de exigir do juiz que decida conforme a vontade da democracia, esta não é sua função. Mas em uma sociedade democrática é fundamental que os juízes estejam inseridos em um debate amplo e aberto com a comunidade que possibilite sua maior integração e o conhecimento das especificidades das demandas democráticas; exigência que um juiz como Hércules parece não estar muito apto a realizar.

Outra proposta de Dworkin considerada frágil é a de que seguindo uma *leitura moral* da constituição acompanhada pelo direito *como integridade*, Hércules encontrará a *resposta correta* para os casos difíceis. Os céticos defendem que as práticas jurídicas são subjetivas e não podem oferecer sempre uma interpretação coerente⁷⁰¹. Todavia, Hércules sabe que o direito está longe de possuir uma coerência perfeita, mas acredita que é possível encontrar um conjunto de princípios que são capazes de dar a resposta correta. Nesse sentido, os críticos acusam

⁶⁹⁹ **Direito e Democracia: entre Faticidade e validade.** Tradução: Flávio Beno Seibeneichler. 2ª ed. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003, p. 278.

⁷⁰⁰ Idem, Ibidem.

⁷⁰¹ Em diversos textos Dworkin demonstra que mesmo aqueles que defendem que não existe uma resposta correta estão adotando uma resposta que acreditam ser correta, ou seja, também pautam-se por uma proposição moral substantiva. Assim, exemplifica que a tradicional controvérsia sobre o aborto não possui duas respostas corretas: o aborto é imoral ou moral. Também aqueles que acreditam que não existe uma resposta correta para a questão do aborto estão se apoiando em um juízo moral substantivo. Sobre essa complexa questão, confira-se: **Uma questão de princípio...**, p. 175-215 e o artigo Objectivity and Truth: You'd Better Believe It. **Philosophy & Public Affairs** nº. 25. Disponível em: http://www.geocities.com/nini_pad/objectivity.html. Acesso em: 25.ago.2009.

Hércules de ser um impostor, uma vez que faz a comunidade acreditar que sua resposta para o caso é a resposta correta⁷⁰².

Todavia, é fundamental compreender que a defesa da resposta correta não é a defesa da existência de uma resposta objetiva. Dworkin reconhece a complexidade do direito e as contradições que podem surgir a partir de diferentes pontos de vista aceitáveis e coerentes da prática jurídica. Por isso, não acredita que exista uma resposta correta que o juiz irá buscar no sistema jurídico e nas práticas jurídicas da comunidade. Para Dworkin, existe uma resposta correta no ponto de vista do intérprete do direito – lembre-se de que toda a teoria da *adjudication* é elaborada a partir da perspectiva do juiz, e não de um observador externo. Assim, quando as partes pleiteiam seus direitos e quando o juiz profere uma sentença, eles têm convicção de que aquela interpretação dada para o sistema jurídico que reconhece o direito que pleiteiam ou que aplicam é fruto da melhor interpretação das práticas jurídicas. Dworkin dá um exemplo da resposta correta sob o ponto de vista interno do intérprete bastante simples e esclarecedor:

“Muitas pessoas que agora tenho em mente, dizem-me que não existe uma única resposta correta para essas questões difíceis com as quais a Suprema Corte lida. Eu, então, indago: por que isso? E falo sobre a interpretação e de como ela se relaciona com o Direito, a moral e a política. E, aí, os alunos me respondem: ‘Arrá! Bem que nós dissemos, pois agora você diz que o Direito depende da justiça e todos sabem que a justiça é apenas subjetiva.’ Então indago a eles: ‘você têm uma opinião formada a respeito do aborto enquanto questão moral?’ Aí, cada um tem em mente uma opinião diferente. Muitos dizem: ‘o aborto é tirânico’. A maioria costuma dizer: ‘a legislação antiaborto é tirânica’. E eu digo: ‘você realmente acreditam nessas opiniões?’. Eles respondem: ‘claro que sim, inclusive vou participar de uma passeata nesta tarde com faixas defendendo essas opiniões.’ Replico: ‘Mas você disseram que não existe uma resposta correta em matéria política, que esta não passa de uma questão de opinião...’. Aí eles pensam e respondem: ‘Ah, mas essa é a minha opinião’.”⁷⁰³

Portanto, mesmo diante dos casos difíceis, aqueles que não possuem uma regra que estabelece o direito, exigindo que o juiz construa a decisão com argumentos de princípio e pautando-se pela integridade, existe a *melhor resposta possível* que deve ser utilizada pelo juiz⁷⁰⁴. E isso não demanda um trabalho hercúleo, pois a melhor resposta possível não é uma resposta imutável e exata que

⁷⁰² O Império do Direito..., p. 311.

⁷⁰³ Direito, Filosofia e Interpretação. In: **Cadernos da Escola do Legislativo**. Tradução: Raíssa R. Mendes. Revisão: Menelick de Carvalho Netto, p. 70. Disponível em: <http://www.almg.gov.br/CadernosEscol/Caderno5/dfi.pdf>. Acesso em: 08.ago.2009.

⁷⁰⁴ CITTADINO, Gisele. **Pluralismo, Direito e Justiça Distributiva** Elementos da Filosofia Constitucional Contemporânea. 3ª ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2004. p. 190.

deve ser descoberta pelo juiz como fruto da interpretação, mas uma resposta que será construída pelo juiz a partir das práticas jurídicas da comunidade e de sua moralidade política. A resposta correta é, no ponto de vista interno do intérprete, a melhor resposta possível construída pela melhor interpretação que possa ser dada aos princípios, cuidando sempre de tratar todos os cidadãos com igual respeito e consideração.

Assim, se da interpretação do sistema jurídico, dos precedentes e da moralidade política, o juiz perceber que dois princípios estão aptos a dar uma solução coerente para um determinado caso, deverá optar por aquele princípio que, a partir da interpretação das práticas jurídicas e das circunstâncias do caso, lhe parece o que concede a resposta correta, isto é, o que se ajusta de forma mais coerente a todo o sistema jurídico. Portanto, apesar de acreditar que os dois princípios são aplicáveis ao caso, acredita que um deles aplica-se melhor pelo prisma do direito *como integridade*⁷⁰⁵.

Como adverte Lucas Borges de Carvalho, a *resposta correta* não é apenas uma discussão teórica, mas uma transformação radical na forma de compreender as decisões judiciais. Enquanto o positivismo deixava o intérprete livre diante dos casos difíceis para proferir atos de vontade, o direito *como integridade* oferece "... uma forte pretensão normativa, capaz de resgatar a racionalidade e a legitimidade do processo hermenêutico. (...) busca critérios racionais que possam evitar erros e injustiças, verificando se, na prática, os juízes decidiram da forma mais correta possível."⁷⁰⁶

Em que pese às críticas a Hércules e à *resposta correta*, que de fato fazem com que a teoria de Dworkin sofra com alto nível de abstração⁷⁰⁷, deve-se reconhecer que a interpretação mediante a *leitura moral* dos princípios que quer reconstruir o direito com integridade justifica as práticas jurídicas comprometidas com a democracia garantindo a todos o direito de serem tratados com igual respeito e consideração, sendo por isso mais adequado para as sociedades contemporâneas marcadas pelo pluralismo e pela complexidade.

⁷⁰⁵ O Império do Direito..., p. 317-322.

⁷⁰⁶ CARVALHO, Lucas Borges de. **Jurisdição Constitucional & Democracia. Integridade e Pragmatismo nas Decisões do Supremo Tribunal Federal**. Curitiba: Juruá, 2007, p. 59.

⁷⁰⁷ CHUEIRI, Vera Karam, O discurso do constitucionalismo: governo das leis *versus* governo do povo..., p. 16.

2.3.3 A legitimidade democrática da jurisdição nos Estados de Direito

Até agora já se viu que para Dworkin a jurisdição constitucional exerce sua atividade de forma legítima quando julga com fundamento em *princípios* e faz uma *leitura moral* da Constituição pautando-se pela noção de *direito como integridade*, de acordo com a qual a decisão judicial deve ser construída como mais um capítulo da história institucional, preservando a coerência com os precedentes e com as práticas jurídicas. Mas, essa decisão construída a partir de argumentos de *princípio* não está presa ao passado; pelo contrário é uma reconstrução do sistema jurídico que mantém um permanente diálogo com a moralidade política e, consequentemente, incorpora conteúdos substâncias.

Diante dessas premissas colocadas por Dworkin para que uma decisão judicial seja legítima, será que Hércules não está usurpando um poder do povo para decidir quais os conteúdos substanciais que incorporam o direito? O que justifica que Hércules, um juiz não eleito, decida questões substantivas em nome do povo? Enfim, a *leitura moral* da Constituição respeita a democracia e a separação de poderes? Para Dworkin, essas questões dependem do que se entende por Estado de Direito e democracia.

Contra a objeção de que decisões pautadas em princípios morais, não reconhecidos pelo texto da lei, não podem justificar uma decisão judicial, mesmo que ela respeite o direito *como integridade*, porque isso seria o mesmo que atribuir aos juízes a tarefa legislativa, Dworkin responde que não há nada de errado com decisões judiciais que operam uma *leitura moral* da Constituição porque parte-se de uma concepção de Estado de Direito *centrada nos direitos*, a qual se opõe a uma concepção de Estado de Direito *centrada no texto legal*⁷⁰⁸.

A concepção de Estado de Direito *centrada no texto legal* defende que uma vez estabelecidas as regras no “livro das regras” elas devem ser observadas até que sejam modificadas. Para essa concepção, o conteúdo das regras não pode ser determinado por um modelo de Estado de Direito ideal, pois o conteúdo normativo é uma questão de justiça. Assim, o Estado de Direito não interfere no conteúdo das regras postas; cumpre-as.

⁷⁰⁸ Uma questão de princípio..., p. 06.

Já a concepção de Estado de Direito *centrada nos direitos*, que Dworkin defende, entende que os indivíduos possuem direitos morais que devem ser respeitados mutuamente e direitos políticos perante o Estado. Esses direitos morais e políticos devem ser positivados para que possam ser exigidos pelos cidadãos perante as instituições públicas responsáveis por zelar pelo seu cumprimento. No entanto, ao contrário da concepção *centrada no texto*, a concepção *centrada nos direitos* exige que o texto legal incorpore conteúdos substantivos, que representam os direitos morais, e garantam a sua aplicação. Essa concepção tem seus objetivos frustrados quando os direitos das pessoas não sejam reconhecidos pelas instituições, quando as instituições não garantem direitos que já reconheceu e quando os direitos forem garantidos de forma não equânime entre os cidadãos⁷⁰⁹.

Outras distinções entre a concepção *centrada no texto legal* e a *centrada no direito* são mencionadas pelo autor. Enquanto a primeira acredita que uma sociedade é tanto mais justa quanto mais conhece as regras do texto legal, a segunda defende que o conhecimento das regras é irrelevante se essas regras forem injustas. Ainda, ao passo que a concepção *centrada no texto legal* defende uma neutralidade filosófica, a concepção *centrada nos direitos* pressupõe um ponto de vista filosófico controvertido. Mas, a distinção entre as concepções que interessa refere-se a como cada concepção entende que o juiz deve julgar em casos difíceis para os quais não há nenhuma regra legal capaz de decidir a questão com clareza⁷¹⁰.

Por um lado, a concepção *centrada no texto legal* defende que o juiz interpreta as leis de acordo com a *intenção original* do legislador, assim investiga os elementos históricos, psicológicos e contrafactuais. Como propugnam pela neutralidade, os defensores da concepção *centrada no texto legal* jamais buscam respostas fundadas em questões políticas⁷¹¹. Por outro lado, a concepção *centrada nos direitos* entende que há uma espécie de questão política com a qual os juízes devem se confrontar, pois a questão fundamental de um caso difícil é saber se o indivíduo possui o direito moral que reivindica.

⁷⁰⁹ Idem, p. 08.

⁷¹⁰ Idem, p. 09-10.

⁷¹¹ Idem, p. 10-14.

Em uma democracia o texto da lei é, logicamente, relevante para saber se o indivíduo possui o direito moral, uma vez que ter o direito moral positivo aplicado ao seu pleito é um direito *prima facie* do cidadão. Todavia, adverte Dworkin que, “... embora o modelo *centrado nos direitos* admita que o texto jurídico é, dessa maneira, uma fonte de direitos morais, ele nega que o texto jurídico seja a fonte exclusiva desses direitos.”⁷¹² Assim, se diante de um caso difícil não há texto legal, ou se sua interpretação é controversa, deve o juiz ou o tribunal buscar saber qual das possíveis decisões garantem da melhor forma o direito moral da parte.

Portanto, para a concepção de Estado de Direito *centrada nos direitos* adotada por Dworkin, os direitos morais devem estar sempre acessíveis aos cidadãos através dos tribunais, independente de estarem legislados. Nessa perspectiva, uma decisão que se fundamenta em direitos morais de fundo – background rights – é uma decisão melhor do que aquela que busca seus fundamentos na vontade do legislador⁷¹³. Isso porque é necessário perceber que a ausência de texto legal ou a controvérsia sobre a sua interpretação não implica ignorar a sua existência. O texto legal é apenas um norte na busca dos direitos morais que a parte possui.

“Um juiz que segue uma concepção de Estado de Direito ‘centrada nos direitos’ tentará, num caso controverso que estruturar alguns princípios que, para ele, captam no nível adequado de abstração, os direitos morais das partes que são pertinentes às questões levantadas. Mas ele não pode aplicar tal princípio, a menos que este, como princípio, seja compatível com a legislação, no seguinte sentido: o princípio não deve estar em conflito com os outros princípios que devem ser pressupostos para justificar a regra que está aplicando ou com qualquer parte considerável das outras regras.”⁷¹⁴

Portanto, o juiz deve recorrer a *princípios* compatíveis com os textos legais disponíveis, uma vez que estes representam os direitos morais reconhecidos pela sociedade, de modo que qualquer princípio incompatível com o texto legal é um princípio que foi rejeitado pela comunidade. No entanto, como é possível permitir que juízes não eleitos, que produzem decisões imunes a qualquer revisão popular, possam decidir com fundamentos *princípios morais*? Imaginar que assim podem decidir porque há a possibilidade de o Parlamento criar uma nova lei que derrube a

⁷¹² Idem, p. 15.

⁷¹³ Idem, Ibidem.

⁷¹⁴ Idem, Ibidem.

decisão judicial é um argumento fraco que deve ser afastado de imediato⁷¹⁵. A questão que deve ser feita é se decisões judiciais fundamentadas em argumentos de *princípio* ofendem a democracia⁷¹⁶.

Para Dworkin, as decisões judiciais que argumentam com princípio não ofendem a democracia porque não há nada que comprove que as decisões legislativas sobre direitos morais têm mais probabilidade de estarem certas do que as decisões judiciais, “... os legisladores não estão, institucionalmente, em melhor posição que os juízes para decidir questões sobre direito.”⁷¹⁷ Ainda, o julgamento com fundamento em princípios, ao contrário do que alguns argumentam, não provoca instabilidade política e não diminui o respeito e a credibilidade das instituições judiciais. Uma prova disso foram os trabalhos da Corte Warren, que durante um período em que ainda era muito forte a interpretação histórica, decisões com fundamento em princípio sobre questões muito controvertidas, como a segregação, conseguiram grande respaldo popular.

Por fim, argumenta-se que se o fundamento de uma democracia é a igualdade de poder político, os tribunais não poderiam decidir com *questões de princípio* porque isso gera uma desigualdade de poder político, ou seja, enfraquece o poder político dos cidadãos que elegeram os legisladores – da maioria. Porém, como esclarece Dworkin, deve-se lembrar que o ideal igualitário de uma democracia está sujeito a várias distorções; na prática, a força política de uma maioria, de *lobbies*, grupos econômicos e políticos é evidente. Assim como também é notória a debilidade das minorias para fazer valer seus direitos. Por isso, Dworkin reformula a questão de se realmente há perda de poder político com a transferência de poder de decisão para o Judiciário de modo muito adequado: *quanto poder político perdem os cidadãos efetivamente quando questões de princípio são transferidas para os tribunais?*

Para Dworkin, quando se parte de uma concepção de Estado de Direito *centrada nos direitos* parte-se da premissa de que todos têm o direito a ver seus direitos morais reconhecidos pelos juízes e tribunais e não há nenhuma justificativa para dizer que isso acarreta perda de poder político, se alguém perde poder político

⁷¹⁵ Idem, p. 17.

⁷¹⁶ Idem, p. 26.

⁷¹⁷ Idem, p. 27.

com a decisão judicial é porque não tinha direito de tê-lo. No caso das minorias, elas ganham poder político quando as decisões de *princípio* são transferidas para o Tribunal, uma vez que não têm possibilidade de intervir na esfera legislativa para lutar pelos seus direitos, sendo o acesso ao Poder Judiciário, comprometido com a defesa dos direitos individuais, o único meio que têm de fazê-los valer. Assim, Dworkin conclui que “não há nenhuma razão para pensar, abstratamente, que a transferência de decisões sobre direitos, das legislaturas para os tribunais, retardará o ideal democrático de igualdade de poder político. Pode muito bem promover esse ideal.”⁷¹⁸

Destaca-se que os defensores de um Estado de Direito *centrado no texto legal* não tem como fugir de decisões judiciais fundadas em princípio, o que fazem é apenas ocultar essa realidade. Ao reconhecer que as demandas exigem respostas com fundamento em princípios, porém, a *concepção centrada nos direitos* exige que os fundamentos de uma decisão judicial sejam sempre públicos e claros a fim de demonstrar sua compatibilidade com os demais princípios, o texto legal e moralidade política⁷¹⁹.

Contudo, Dworkin admite que uma concepção de Estado de Direito *centrada nos direitos* enfraquece a certeza na eficiência do direito, mas acredita que esse é um preço que vale a pena pagar, pois ela incentiva os cidadãos a pensarem que suas relações com os demais cidadãos e com o Estado são relações pautadas pela justiça, fomentando um debate público sobre qual é a ideia de justiça com em que essa comunidade quer conformar suas relações. Ainda, a concepção de Estado de Direito *centrado nos direitos* disponibiliza para o cidadão uma instituição responsável por zelar e fazer valer os seus direitos morais: o Poder Judiciário. Portanto, a defesa de uma concepção de Estado de Direito *centrada nos direitos* não é contra a democracia, pelo contrário, ambos os valores, Estado de Direito e democracia, convergem na exigência de igualdade. O Estado de Direito *centrado nos direitos* aprimora a democracia porque garante-lhe um *fórum do princípio*, assegurando que a justiça é uma questão de direito individual e não de bem público⁷²⁰.

⁷¹⁸ Idem, p. 32.

⁷¹⁹ Idem, p. 36.

⁷²⁰ Idem, p. 38-39.

2.3.4 A última peça do quebra-cabeça: a democracia constitucional

Para muitos críticos da jurisdição constitucional, a *leitura moral* da Constituição que se guia pelos princípios e pela exigência de integridade, defendida por Dworkin, não afasta a objeção democrática. Ou seja, a *leitura moral* não é capaz de explicar porque é legítimo que um corpo de juízes não eleitos tenha a última palavra sobre a democracia. Conforme explica Dworkin, o problema do debate acadêmico em torno da legitimidade democrática da jurisdição constitucional é o seu foco. Num lado, os defensores do *judicial review* aceitam o comprometimento da democracia em nome da tutela dos valores fundamentais inscritos no texto constitucional. No outro lado, os defensores da democracia acreditam que a intromissão das maiorias nos valores constitucionalmente protegidos é válida em nome da defesa da democracia. Contudo, para Dworkin o debate não deve ser sobre “... o grau que a democracia deve curvar-se perante os outros valores, mas sim a cerca do que a democracia realmente é.”⁷²¹.

Em regra, entende-se que a democracia é aprimorada quando os cidadãos são dotados de liberdade positiva, de autodeterminação, ou seja, quando as leis que regem suas vidas são elaboradas por eles próprios ou por seus legítimos representantes através de um processo deliberativo equânime que decide de acordo com a regra da maioria. Contudo, para Dworkin, a democracia não se identifica com a regra da maioria, essa é a justificativa chave que explica a legitimidade democrática da *leitura moral* da Constituição – que mesmo seguindo a ideia de que cabe ao juiz decidir com argumentos de princípios e interpretar o direito *como integridade*, permanece sendo uma *leitura contramajoritária*. Os princípios e a integridade balizam a atividade judicial para torná-la legítima, mas somente uma concepção de *democracia constitucional* explica o que os justifica.

Dworkin inicia a sua argumentação em defesa de uma democracia constitucional, salientando que, no fundo, a questão fundamental que se coloca sobre a democracia é saber qual é a importância da premissa majoritária para a sua realização. A premissa majoritária seria um caminho para se alcançar resultados justos, assim, quando “... uma maioria política não pode fazer o que quiser, isso é *sempre* injusto, de modo que a injustiça permanece mesmo quando existem fortes

⁷²¹ O direito de liberdade..., p. 23.

razões que a justifiquem.”⁷²² Apesar dos defensores da democracia como regra da maioria admitirem que em hipóteses excepcionais a vontade da maioria possa ser contrariada, entendem que essa violação ao princípio majoritário é sempre algo lastimável sob a perspectiva moral.

Para Dworkin, a legitimidade democrática de uma decisão não reside na coincidência do seu conteúdo com a opinião da maioria. Uma decisão é legítima democraticamente quando tomada por instituições políticas estruturadas de tal forma a conceber a todos os membros da comunidade como indivíduos dignos de igual respeito e consideração. A soberania popular não é igual à soberania da maioria, se a essência da democracia é a própria igualdade, toda a ação voltada a sua proteção não pode ensejar violação à moral, mesmo que seja uma ação majoritária. Os procedimentos majoritários são necessários para decisões coletivas em função do compromisso com a igualdade, e não de um compromisso com a soberania da maioria⁷²³. Por isso, quando o procedimento estiver voltado à proteção da igualdade dos indivíduos, não importa que não seja orientado pelo princípio majoritário.

“A democracia é um governo sujeito às condições – podemos chamá-las de condições ‘democráticas’ – de igualdade de *status* para todos os cidadãos. Quando as instituições majoritárias garantem e respeitam as condições democráticas, os veredictos dessas instituições, por esse motivo mesmo, devem ser aceitos por todos. Mas quando não o fazem, ou quando essa garantia e esse respeito mostram-se deficientes, não se pode fazer objeção alguma, em nome da democracia, a outros procedimentos que garantam e respeitem as condições democráticas.”⁷²⁴

Assim, uma decisão é democrática quando respeita certas condições, mesmo que não seja fruto da vontade da maioria. Nesse sentido, Dworkin defende que uma decisão judicial pode ser mais democrática que uma decisão legislativa e vice-versa, tudo dependerá do respeito às condições democráticas. Em outras palavras, a legitimidade democrática é medida não pela representatividade numérica, mas pelo respeito ao direito de igualdade dos cidadãos. Por essa razão, o autor explica que conceber o *judicial review* como uma instituição antidemocrática é uma ideia “... filha de uma concepção majoritária de democracia e, portanto, é neta da premissa majoritária”⁷²⁵.

⁷²² Idem, p. 24.

⁷²³ Idem, p. 26.

⁷²⁴ Idem, p. 26-27.

⁷²⁵ Idem, p. 27.

No entanto, Dworkin não dispensa uma investigação mais profunda sobre a premissa majoritária. De acordo com o autor, a regra da maioria fundamenta-se em argumentos fortes que decorrem das três virtudes revolucionárias do séc. XVIII: a igualdade, a liberdade e a comunidade ou fraternidade. Assim, Dworkin parte para análise dos argumentos levantados com base nesses valores para indicar porque a premissa majoritária não se sustenta. Contudo, antes é necessário saber qual é o tipo de ação coletiva que orienta a ideia de democracia, afinal, democracia como governo do povo não se realiza mediante a ação de um indivíduo isolado, é resultado de uma ação integrada que pode ser qualificada como *estática* ou *comunitária*. A questão, pois, é saber qual espécie de ação coletiva, é exigida por um governo democrático.

A ação coletiva pode ser considerada estática quando os indivíduos agem individualmente, sem ter a consciência de que sua ação é parte de uma decisão coletiva. A decisão é formada pelo somatório das ações individuais. A queda das ações da bolsa é fruto de uma ação coletiva estática, por exemplo, uma vez que cada um dos investidores tomou uma decisão individual que somada a dos demais produziu uma ação coletiva. Já a ação coletiva comunitária é aquela em que os indivíduos agem como um grupo, o qual forma um agente coletivo que se diferencia dos indivíduos que o compõem. Ou seja, as decisões não são tomadas pela vontade dos indivíduos isolados, mas pela integração de suas vontades em uma entidade por eles formada, mas que está acima da vontade individual de cada um. A ação coletiva comunitária é exemplificada por Dworkin com o trabalho de uma orquestra ou de um time de futebol. Nem um músico, nem um jogador de futebol conseguem tocar uma sinfonia ou jogar uma partida de futebol individualmente. Suas ações são integradas em um grupo, e o grupo depende do bom desempenho individual de cada um para alcançar seu objetivo com sucesso⁷²⁶.

Diante da distinção entre ação coletiva estática e comunitária, Dworkin traça a segunda distinção entre a democracia majoritária e a constitucional, apontando que enquanto a primeira orienta-se por ações coletivas estáticas, a segunda pauta-se por ações coletivas comunitárias. Na democracia majoritária, as decisões são tomadas pelos indivíduos isoladamente, já na democracia constitucional, as

⁷²⁶ Idem, p. 31

decisões são frutos de ações individuais integradas que formam a vontade do povo⁷²⁷.

Esclarecidas as diferenças entre as duas modalidades de ação coletiva, Dworkin retoma a análise de como a liberdade, a igualdade e a fraternidade (ou comunidade) comunidade são empregadas em defesa da premissa majoritária.

A começar pela liberdade e pela igualdade. Diz-se que a democracia se realiza da melhor forma quando os cidadãos possuem a autodeterminação, isto é, quando as leis que orientam suas ações foram estabelecidas por eles próprios em condições de igualdade política. É essa faceta da democracia que proporciona ao indivíduo a chamada liberdade dos antigos ou a liberdade positiva. A premissa majoritária defende que uma sociedade é tanto mais livre e igualitária quando maior for a sua adesão à vontade da maioria. Assim, pensa-se que é livre e igual politicamente quando a vontade do indivíduo é substituída pela vontade de um representante eleito de acordo com o procedimento majoritário, mas nunca quando é substituída por uma aristocracia ou por juízes não eleitos democraticamente.

No entanto, essa correlação entre regras da maioria e autodeterminação popular encobre algumas questões fundamentais. Fica difícil compreender perante a premissa majoritária qual é a espécie e qual é a quantidade de liberdade e igualdade que um cidadão que não está de acordo com a opinião majoritária possui, uma vez que sua vontade não se encontra substituída, mas contrariada. Que espécie de liberdade e igualdade detém um cidadão que não se sente representado pelas escolhas da maioria? Como a premissa majoritária garante que a decisão da maioria seja uma decisão mais justa e mais coerente para o bem de todos? Como fica a liberdade e a igualdade das minorias diante da premissa majoritária? São de fato livres e iguais aqueles que não compartilham a opinião da maioria? Ou torna-se a minoria refém da maioria em uma situação de desigualdade? A ausência de resposta para essas questões por parte da premissa majoritária coloca-a, definitivamente, em cheque.

Para Dworkin, somente a compreensão da democracia como ação coletiva comunitária, em que os indivíduos possuem participação moral nas decisões públicas é que pode garantir a todos a liberdade e a igualdade. Em uma democracia comunitária, mesmo a minoria é livre e está em condições de igualdade com a

⁷²⁷ Dworkin destaca que a vontade geral de Rousseau seria um exemplo de ação comunitária.

maioria, pois o ato da comunidade a qual pertence, é também um ato seu. Porém, para que os indivíduos sejam membros de uma democracia, de uma comunidade política, é preciso que haja um vínculo *justo* entre eles e o grupo que permita que os faça serem considerados membros morais da comunidade, ou seja, que lhes conceda participação moral no grupo. Nesse sentido, afirma Dworkin que “Se a verdadeira democracia é o governo do povo, então, no sentido comunitário do autogoverno, a verdadeira democracia é baseada na participação moral”⁷²⁸.

A premissa majoritária só garante o autogoverno – a liberdade e a igualdade –quando todos os indivíduos são membros morais da comunidade⁷²⁹. Os alemães judeus, por exemplo, votaram nas eleições que colocaram Hitler no poder, mas não eram membros da comunidade política que lutou para exterminá-los. Com isso, não se quer dizer que as minoria sempre sejam excluídas da comunidade política ou estejam sempre certas, mas que elas não estão erradas moralmente só porque são minoria, não sendo democrático que a sua liberdade e sua condição de igualdade sejam o *preço moral* que se paga por uma democracia majoritária.

Em uma democracia constitucional, as condições da democracia são as condições de participação moral na comunidade política. Quando os cidadãos se compreendem como participantes morais da comunidade, a sua liberdade positiva e a sua igualdade não são violadas. Assim, a autodeterminação dos indivíduos está mais garantida em uma democracia constitucional do que na democracia majoritária. Na primeira, sendo atendidas as condições para a participação moral do indivíduo na comunidade, sua autodeterminação está sempre assegurada. Na segunda, a autodeterminação depende da posição do indivíduo na sociedade, se é maioria ou minoria⁷³⁰.

Diante disso, já se pode concluir que *i)* a diferença entre a democracia majoritária e a democracia constitucional é a aceitação do princípio da maioria como núcleo fundamental da democracia, *ii)* na democracia majoritária as decisões são tomadas de acordo com os anseios dos cidadãos individualmente, já na democracia constitucional as decisões são tomadas pelo povo enquanto tal e *iii)* a democracia constitucional é capaz de garantir liberdade e igualdade a todos os indivíduos,

⁷²⁸ **O direito de liberdade...**, p. 35.

⁷²⁹ *Idem*, p. 36.

⁷³⁰ *Idem*, *Ibidem*.

enquanto a democracia majoritária só garante liberdade e igualdade para os indivíduos que fazem parte da maioria.

Sendo então a democracia constitucional mais apta a garantir a liberdade e a igualdade da sociedade como um todo, quais são as condições de participação moral, de autodeterminação, que tornam o indivíduo membro moral dessa democracia? As condições se dividem em dois grupos. Primeiro, têm-se as condições *estruturais*, condições que devem estar presentes na totalidade da comunidade que se caracteriza como *comunidade política*. São basicamente condições que se estabelecem no decorrer da história e fornecem as fronteiras geográficas da comunidade. Podem ainda ser consideradas condições estruturais o compartilhamento da mesma cultura, da mesma história política, da mesma língua, dos mesmos valores e etc. No segundo grupo, estão as condições de *relação*, que especificam o modo como o indivíduo deve ser tratado para ser considerado um membro moral de uma comunidade política⁷³¹.

Para ser um membro moral da comunidade política, o indivíduo deve *participar* de todas as decisões coletivas, ter *interesse* nessas decisões e *independência* quanto ao seu conteúdo.

Primeiro, quanto à *participação*, entende-se que todos devem ter a igual oportunidade de interferir e modificar as decisões coletivas. Representam essa condição, procedimentalmente, o sufrágio universal, as eleições periódicas e a representação, por exemplo, e substancialmente, a liberdade de expressão e a manifestação em todas as situações da vida pública, formais e informais. Destaca-se que a liberdade de expressão em uma democracia constitucional requer uma interpretação que garanta a participação de todos os membros morais da comunidade política em iguais condições⁷³².

Segundo, quanto ao *interesse*, parte-se do princípio de que os processos políticos devem expressar uma espécie de igual consideração por todos os membros morais. Trata-se de um dever de reciprocidade; todos devem ser tratados como iguais, de modo que no processo político as decisões sejam tomadas tendo em vista a importância e as consequências dessa decisão para todos, ou seja, “...

⁷³¹ Idem, p. 36-37.

⁷³² Idem, p. 38.

uma sociedade em que maioria despreza as necessidades e perspectivas de uma minoria, é não só injusta como ilegítima.”⁷³³

Terceiro, *quanto à independência*, exige-se que embora uma decisão coletiva seja vinculante para todos os membros morais da comunidade política, não se pode admitir que essa decisão viole o direito de autodeterminação dos indivíduos, que devem permanecer livres para escolher qual é posição que querem defender. Uma decisão coletiva não pode impor uma determinada maneira de pensar para seus membros, mas deve ser capaz de criar condições que formulem um consenso sólido sobre a ética e a política através da reflexão individual de cada um dos seus membros⁷³⁴.

Além da liberdade e da igualdade, os opositores de uma *leitura moral* têm argumentado que ela fere também a fraternidade (ou comunidade) uma vez que ao deixar nas mãos de juízes a interpretação da Constituição, ela enfraquece o poder da comunidade política para interpretá-la. Ou seja, ao fazer uma *leitura moral* da Constituição, os juízes retiram do debate democrático – dos cidadãos que se dedicam à vida política – a possibilidade de interpretar a Constituição. Em poucas palavras: entendem que a *leitura moral* feita pelo Judiciário restringe o debate democrático cujo lugar de excelência é Poder Legislativo. Para esses críticos, a democracia se viabiliza pelos recursos deliberativos voltados ao bem comum, o que fica impossibilitado pela *leitura moral*. A crítica tem fundamento na ideia de que o debate deliberativo, nascido no Poder Legislativo, tem maior capacidade para mobilizar os cidadãos para sua participação do que as decisões dos Tribunais.

No entanto, para Dworkin, esse argumento não se sustenta, pois alguns cidadãos, em especial os que fazem parte das minorias, podem ter mais influência sobre uma decisão judicial do que em uma decisão legislativa através de seu voto. Além disso:

“No debate público generalizado que precede ou sucede uma decisão judicial, a qualidade da discussão pode ser melhor e a contribuição do cidadão pode ser mais cuidadosa e mais genuinamente movida pela ideia de bem público do que na guerra política que culmina com uma votação do legislativo e ou mesmo com um plebiscito.”⁷³⁵

⁷³³ Idem, p. 39.

⁷³⁴ Idem, p. 39-40.

⁷³⁵ Idem, p. 46.

Dworkin acredita que mesmo uma deliberação boa não dá prioridade aos princípios, ao contrário dos processos judiciais que impulsionam deliberações a partir de princípios que representam a moralidade política da comunidade⁷³⁶. Nesse sentido, defende que os debates iniciados com as decisões sobre direitos civis e ações afirmativas, por exemplo, porque pautados por princípios, estimularam reflexões mais profundas e deliberações esclarecedoras. Assim, entende que *judicial review* pode ser um modelo de *deliberação republicana* de alta qualidade, na medida em que viabiliza um debate orientado por princípios e não apenas por valores forjados por maiorias eventuais. Não há motivo para se acreditar que a melhor forma de participação política se dá pela eleição dos representantes⁷³⁷. Para Dworkin, a possibilidade de erro do Judiciário é tão grande quanto a do Legislativo.

“A democracia de fato fica prejudicada quando um tribunal dotado de autoridade toma a decisão errada a respeito das condições democráticas – mas não fica mais prejudicada do que quando uma legislatura majoritária toma uma decisão constitucional errada que continua em pé. A possibilidade de erro é simétrica. Assim, a premissa majoritária é confusa e deve ser abandonada.”⁷³⁸

No entanto, Dworkin adverte que diante de decisões judiciais extremamente técnicas e conceituais, que não reconhecem a *leitura moral* que fazem da constituição, ou que decidam com fundamento em políticas, fica mais difícil impulsionar o debate democrático. Por isso, defende que os juízes devem assumir a *leitura moral* abertamente. A democracia constitucional só irá viabilizar o debate

⁷³⁶ Assim como Dworkin, Rawls acredita que um dos papéis fundamentais da jurisdição constitucional é “... dar força e vitalidade à razão pública no fórum público; isso o tribunal pode fazer por meio de seus julgamentos autorizados sobre questões políticas fundamentais. O tribunal desempenha esse papel quando interpreta clara e efetivamente a constituição de forma razoável; e, quando falha nessa tarefa, como já ocorreu muitas vezes com a Suprema Corte, coloca-se no centro de uma controvérsia política que só pode ser solucionada por valores públicos.” (**O Liberalismo Político...**, p. 287). No entanto, para Rawls, um debate democrático qualificado pode ser iniciado por outras instituições sociais, as decisões produzidas pela jurisdição constitucional são apenas um exemplo de como um debate qualificado pode iniciar-se. (Idem, p. 290-291).

⁷³⁷ **O direito de liberdade...**, p. 48. Para Michelman, com a ideia de democracia constitucional Dworkin quer passar a “mensagem feliz” de que *democracia* e *constitucionalismo* são ideais que se conciliam quando os juízes decidem quais são os conteúdos fundamentais da Constituição que garantem as condições para um regime democrático em que todos são tratados com igual respeito e consideração. No entanto, Michelman vê a democracia constitucional de Dworkin como uma redução do ideal democrático, uma vez que a democracia exige que os cidadãos sejam governados por conteúdos substantivos eleitos em um procedimento democrático do qual eles participaram ativamente. Michelman reconhece, no entanto, que Dworkin está certo quando afirma que só é democrático um procedimento cujos participantes estejam em condições de igualdade, independência, liberdade e segurança, o que quer dizer que o processo democrático verdadeiro exige condições para se realizar. (MICHELMAN, Frank I. **Brennan and Democracy**. New Jersey: Princeton University Press, 1999, p. 32-33).

⁷³⁸ **O direito de liberdade...**, p. 50.

democrático se as decisões judiciais assumirem, de forma pública e sincera, a *leitura moral* que fazem da constituição. Portanto, a legitimidade democrática do *judicial review* depende não só da sua capacidade de julgar com argumentos de princípio que concedam a todos os cidadãos igual respeito e consideração e respeitem a integridade, mas depende também da abertura da *leitura moral* feita pelos juízes apta a inaugurar um debate sobre os valores fundamentais da sociedade pautados por *princípios*.

Desse modo, para Dworkin, não restam dúvidas de que com a democracia constitucional a liberdade e a igualdade aumentam para todos, assim como a participação no processo deliberativo, uma vez que todos têm a possibilidade de participar da discussão sobre os pontos positivos e negativos da decisão a partir de um debate democrático qualificado por princípios proporcionados pelas decisões proferidas por uma jurisdição constitucional comprometida com a *leitura moral* da Constituição. Por essa razão, Dworkin entende que o *judicial review* não é apenas compatível com a democracia constitucional como é também um mecanismo de aprimoramento desse regime de governo⁷³⁹.

Todavia, em que pese a profundidade e o refinamento dos argumentos de Dworkin para a defesa da legitimidade da jurisdição, ela não se torna imune a críticas. No que tange à afirmação de Dworkin de que a jurisdição constitucional não é apenas compatível com a democracia, mas é um mecanismo de aprimoramento do regime democrático constitucional, vale conferir brevemente a crítica elaborada por Jeremy Waldron.

Preliminarmente, Waldron destaca que concorda com Dworkin em três pontos fundamentais: *i)* há uma relação importante entre direito e democracia; *ii)* alguns direitos devem ser mantidos como garantias, condições de legitimidade das decisões democráticas e *iii)* o princípio majoritário pode ser questionável para a solução de desacordos morais. Ou seja, também para Waldron uma visão procedimental e majoritária não é suficiente para a garantia dos direitos morais dos cidadãos⁷⁴⁰.

⁷³⁹ Em função da primazia conferida aos direitos fundamentais no seu duelo com a soberania popular, Bruce Ackerman enquadra Dworkin em uma classificação que denomina “fundamentalistas de direito”. (**Nós, o povo soberano**. Fundamentos do Direito Constitucional. Tradução: Mauro Raposo de Mello. Belo Horizonte: Del Rey, 2006, p. 13-14).

⁷⁴⁰ WALDRON, Jeremy. **Law and Disagreement**..., p. 287.

No entanto, para Waldron a resolução de desacordos morais através da atuação do Poder Judiciário é tão questionável quanto a resolução desses desacordos através do princípio majoritário. De acordo com o autor não se pode negar que sempre há uma perda democrática quando o Poder Judiciário substitui a democracia, pois não há razão para acreditar que o Poder Judiciário aprimore a democracia e é uma questão em aberto se o *judicial review* faz dos Estados Unidos, ou de qualquer outra sociedade que adote a jurisdição constitucional, uma sociedade mais justa.

Por essas razões, Waldron defende que se o princípio majoritário é uma premissa questionável, isso não significa que não há outra saída senão optar por um procedimento de decisão selecionado conforme a conveniência de seus resultados. Isto é, não é porque na história constitucional norte-americana a jurisdição constitucional apresentou bons resultados para o regime democrático – fato questionável –, que o *judicial review* é o melhor caminho para a solução dos desacordos morais da sociedade. Se fosse assim, a tese de Dworkin só se confirmaria quando a Suprema Corte julgasse de acordo com os anseios democráticos, caso contrário, se for contra a democracia, como foi na Era Lochner, as suas decisões geram o empobrecimento da democracia⁷⁴¹.

Além do mais, nos casos em que o princípio majoritário não é questionável, isto é, quando suas decisões respeitam as condições democráticas, não se deve retirar o valor de sua decisão com fundamento no princípio de que *ninguém pode ser juiz de sua própria causa*. Não é porque uma decisão é fruto da vontade da maioria que esta maioria não tem capacidade para decidir em nome da sociedade, sendo preciso então que um corpo seletivo de juízes a substitua. Isso só é possível e aceitável quando a decisão está pautada no autointeresse de um grupo⁷⁴² ou quando a decisão oprime direitos fundamentais da minoria.

Por fim, o argumento de Dworkin de que as decisões da jurisdição constitucional proporcionam um debate qualificado, mais amplo e complexo, à medida que partem de decisões que assumem a *leitura moral* da Constituição e decidem com fundamento em princípios, tal como ocorreu após a decisão do polêmico caso *Roe v. Wade*, não prospera. Para Waldron, o debate sobre o aborto

⁷⁴¹ WALDRON, Jeremy. Idem, p. 289.

⁷⁴² WALDRON, Jeremy. Idem, p. 297.

não precisa de uma reinterpretação de uma cláusula constitucional do séc. XVIII, pode nascer das próprias forças democráticas da sociedade e ter um desenvolvimento apreciável, assim como se passou na Nova Zelândia e no Reino Unido. Por esse motivo, afirma que é um mito o fato de que o debate público depende de uma discussão moral para acontecer. Assim, defende que um debate público pode ser conduzido com dignidade e sofisticação, independentemente de uma interpretação judicial que o preceda. Ou seja, para Waldron, o *judicial review* não é capaz de aprimorar a qualidade do debate democrático como supõe Dworkin, mas pelo contrário, reduz as suas chances de realização. Em outras palavras, para Waldron a democracia não pode ser reduzida a debates sobre o conteúdo das decisões da Suprema Corte⁷⁴³.

Posta a crítica de Waldron, é preciso reconhecer que a proposta de democracia constitucional de Dworkin possui virtudes e deficiências. É realmente brilhante a argumentação desenvolvida por Dworkin a partir do tripé liberdade, igualdade e fraternidade (ou comunidade) contra o princípio majoritário e a favor da democracia constitucional. Dworkin releva a face oculta dessas virtudes que o princípio majoritário não quer enxergar e não se presta a atender. Com a ampliação das premissas democráticas para além da regra majoritária, Dworkin fornece um modelo democrático que contribui substancialmente – na medida em que garante condições para a participação democrática – com o desenvolvimento de uma esfera pública forte e atuante como exige a democracia deliberativa.

Entretanto, ao defender que a democracia constitucional é aprimorada pela jurisdição constitucional, uma vez que essa é capaz de promover debates públicos mais qualificados porque parte de argumentos calcados em princípios, Dworkin vai longe demais. Por isso, entende-se que Waldron está coberto de razão ao afirmar que um debate democrático de qualidade não depende da jurisdição constitucional. A jurisdição constitucional pode desempenhar um interessante papel na propulsão dos debates democráticos e forjar bons argumentos para serem discutidos na esfera pública, todavia, acreditar que a democracia depende de um paternalismo jurisdicional parece ser um excesso. Os debates democráticos podem se iniciar em qualquer esfera institucional ou até mesmo fora dela, o que compete a jurisdição constitucional nesse cenário é garantir os direitos fundamentais para a realização

⁷⁴³ WALDRON, Jeremy. Idem, p. 290.

desses debates, tal como a liberdade de expressão e a igualdade de participação. Portanto, a jurisdição constitucional pode e deve ser um canal para a deliberação democrática, mas não se pode esperar que somente de uma instituição flagrantemente contramajoritária decorram debates democráticos relevantes à sociedade. Isso seria o mesmo que não acreditar na capacidade dos cidadãos de se autogovernarem.

Desse modo, pode-se concluir que Dworkin dá um grande passo no desenvolvimento de uma teoria capaz de justificar a legitimidade democrática do *judicial review*: compreende que a constituição é um processo em permanente reconstrução mediante a interpretação e que a democracia envolve uma dimensão muito mais complexa do que a premissa majoritária. Contudo, não consegue desenvolver uma teoria que faça da constituição um processo público de interpretação em conexão com uma esfera pública forte e atuante, como requer a concepção deliberativa de democracia. Por isso, pode-se afirmar que Dworkin trabalha com uma concepção forte de constituição enquanto processo de interpretação e reconstrução, mas com uma concepção fraca de constituição como processo *público* de interpretação, já que as “deliberações republicanas” e a interpretação da constituição concentram-se, essencialmente, na esfera judicial.

2.4 Jürgen Habermas: a jurisdição constitucional como mecanismo de proteção das condições para a gênese democrática do direito

Habermas, um dos mais expressivos, senão o mais expressivo, filósofos do séc. XX, tem como desafio encontrar um fundamento de legitimidade para o direito em sociedades complexas, plurais e racionais, em que o apelo a fundamentos religiosos ou metafísicos, à positividade ou à discricionariedade, não são capazes de conferir legitimidade ao direito positivo. Diante disso, Habermas defende que a legitimidade do direito só pode ser alcançada em uma sociedade complexa através de discursos racionais que observam determinados pressupostos comunicativos e em que todos os indivíduos participam de forma livre e igual⁷⁴⁴.

⁷⁴⁴ Cómo es posible la legitimidade por vía de legalidad? In: **DOXA. Cuadernos de Filosofía del Derecho** nº. 5, 1988, p. 38. Disponível em: <http://www.cervantesvirtual.com/porta/DOXA/cuadernos.shtml>. Acesso em: 20. set. 2009.

Tendo em vista essa exigência, Habermas defende que o direito legítimo deve ser fruto do paradigma procedimental do direito, no qual a autonomia pública e a autonomia privada atuam de forma co-originária, suprimindo as deficiências dos paradigmas liberal e social. Na perspectiva do paradigma procedimental, o direito é fruto de processo democrático legítimo orientado pelas premissas da teoria do discurso, substituindo a visão paradoxal de direito e democracia, nutrida por republicanos e liberais, por uma compreensão de complementaridade entre os dois pilares do Estado Democrático de Direito.

No paradigma procedimental de direito, em se que viabiliza a sua gênese democrática, a jurisdição constitucional encontra um papel bem definido: a garantia das condições para autonomia pública e privada dos cidadãos, sem as quais a legitimidade do direito é posta em risco. Antes de aprofundar a análise feita pelo filósofo alemão da jurisdição constitucional na perspectiva procedimental, é preciso compreender onde se situa e em que consiste o paradigma procedimental do direito.

2.4.1 O paradigma procedimental do direito

Para Habermas, o direito é compreendido através de paradigmas compostos por elementos normativos que orientam a sua aplicação e interpretação em um determinado contexto histórico e cultural. Nesse sentido, Cattoni explica que o paradigma forma “... um pano de fundo de mundos compartilháveis, que simplesmente não podem ser, em sua totalidade, colocados entre parênteses, através de uma atividade de distanciamento ou abstração, porque o ser humano não pode abstrair-se de si mesmo...”⁷⁴⁵. Nas palavras de Habermas:

“Os paradigmas do direito permitem diagnosticar a situação e servem de guias para a ação. Eles iluminam o horizonte de determinada sociedade, tendo em vista a realização do sistema de direitos. Nesta medida, sua função primordial consiste em abrir portas para o mundo. Paradigmas abrem perspectivas de interpretação nas quais é possível referir os princípios do Estado de direito ao contexto da sociedade como um todo. Eles lançam luz sobre as restrições e as possibilidades para a realização dos direitos fundamentais, os

⁷⁴⁵ **Direito processual constitucional...**, p. 143. Gisele Cittadino, por sua vez, explica que A concepção paradigmática do direito busca conciliar hermenêutica constitucional com processo histórico, “... demonstrando como as proposições e exigências do paradigma vigente conformam a doutrina jurídica e influenciam a hermenêutica constitucional.” Essa relação entre hermenêutica e história faz com que os conteúdos abstratos presentes nas Constituições sejam definidos e orientados pelo paradigma do direito vigente. (**Pluralismo, Direito e Justiça Distributiva...**, p. 206).

quais, enquanto princípios não saturados, necessitam de uma interpretação e de uma estruturação ulterior.”⁷⁴⁶

O paradigma de direito do Estado Liberal entendia que os indivíduos eram sujeitos de liberdades subjetivas que funcionavam como limites para o poder do Estado e criavam uma esfera de liberdade privada, na qual seriam livres para realizarem os seus projetos de vida. A liberdade, vista pela perspectiva liberal, consistia em uma liberdade negativa, uma liberdade como não intervenção, destinada à proteção do âmbito de autonomia privada do sujeito. O foco nas liberdades subjetivas impede qualquer intervenção do Estado na vida privada, a qual se desenvolve de acordo com as regras do mercado e convive de forma harmônica com as desigualdades sociais – uma vez que a igual liberdade estava comprometida com a proteção da igualdade jurídica, e não com a igualdade fática. Ou seja, pelo prisma do paradigma liberal, a igualdade estava garantida na medida em que todos tinham igual liberdade para realizar seus planos de vida. No entanto, a ausência de condições materiais que geravam a desigualdade conduzia à restrição da própria liberdade, razão pela qual foi severamente questionada pelo paradigma de direito do Estado Social.

O caminho elegido pelo paradigma do Estado liberal para assegurar a autonomia privada do indivíduo foi revisto pelo paradigma do Estado Social, uma vez que a autonomia no Estado liberal era garantida para poucos e de forma imperfeita. Assim, diante da incapacidade do paradigma liberal para tutelar a igual liberdade através de atos omissivos deu-se uma mudança estrutural sustentada pelo paradigma social que buscou implementar os direitos à igual liberdade através da intervenção do Estado, isto é, com a promoção de direitos sociais através das burocracias estatais. Por isso, a liberdade é vista pela perspectiva da liberdade positiva, sendo a intervenção do Estado a única forma de garantir a autonomia privada. O cidadão deixa de ser o sujeito livre e autônomo do mercado para ser o cliente do aparelho estatal, o qual passa por uma ampla reestruturação a fim de servi-lo⁷⁴⁷.

⁷⁴⁶ **Direito e Democracia: entre faticidade e validade. vol. II.** Tradução: Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003, p. 180.

⁷⁴⁷ Como observa Habermas, a disputa entre os paradigmas liberal e social pode ser interpretada como uma disputa acerca de quais seriam os melhores critérios para prover um tratamento igualitário. Enquanto no Estado liberal vigorava uma igualdade de direito em detrimento da igualdade de fato, a fim de proteger a liberdade do sujeito, o Estado Social propugnava por uma

Com o nascimento do paradigma do Estado Social o mundo se viu diante de duas perspectivas possíveis para a compreensão do direito que são autoexcludentes. No entanto, o paradoxo entre as premissas do modelo liberal e do modelo social começa a ser questionado quando o Estado Social passa a mostrar seus “efeitos colaterais”.

No paradigma do Estado Social existe uma disputa entre os sujeitos de ação públicos e privados, uma vez que o sujeito no paradigma de Estado Social encontra barreiras postas pelo próprio Estado para o exercício da liberdade em nome do incremento da igualdade. Assim, o paternalismo do Estado Social colocava em jogo o princípio da liberdade, sobre o qual se ergueu o Estado Liberal e, conseqüentemente, a excessiva intervenção coloca em risco a própria autonomia do cidadão a que visava proteger.

Ainda, a regulamentação burocrática dos direitos dos indivíduos realizada a fim de promover a igualdade e tornar os cidadãos autônomos – e que teve como consequência a restrição do espaço de liberdade dos indivíduos – gerou uma crise de legitimidade, já que os direitos passaram a ser disciplinados por uma burocracia especializada, afastada do poder legislativo democraticamente eleito⁷⁴⁸. Assim, ao passo que garante igualdade, o paradigma social diminui a liberdade.

“Do ponto de vista jurídico, um dos aspectos particularmente inquietante da “crise do Estado Social” residia na ‘insensibilidade’ das burocracias estatais emergentes com relação a limitações impostas à autodeterminação de seus clientes – uma fraqueza do paradigma do Estado Social simétrica à da ‘cegueira social’ do direito formal burguês.”⁷⁴⁹

Com explica Habermas, ambos os paradigmas, liberal e social, estão inseridos no contexto de sociedades capitalistas que deveriam, supostamente, realizar as pretensões de justiça social através da promoção da autonomia do cidadão. Divergem, no entanto, quanto ao caminho que deve ser seguido para alcançar a autonomia privada do cidadão: enquanto o Estado liberal propugna pela liberdade como um direito de defesa diante do Estado, o Estado Social vai pelo caminho da prestação de direitos sociais que promovam a igualdade.

Por conseguinte, o nexos entre autonomia pública e privada é negado em ambos os paradigmas, inviabilizando a concepção de uma sociedade que se auto-

igualdade fática mesmo que isso interferisse na esfera de liberdade dos cidadãos (**Direito e Democracia: entre faticidade e validade. vol. II...**, p. 154).

⁷⁴⁸ Idem, p. 171.

⁷⁴⁹ Idem, p. 125.

organiza como comunidade jurídica. Ou seja, os paradigmas liberal e social não conseguem vislumbrar outro caminho para a promoção da autonomia privada a não ser através da determinação de certos pressupostos fáticos que devem ser garantidos aos indivíduos para sua realização, ou garante-se a liberdade ou garante-se a igualdade. Por um lado, tutela-se a liberdade e descuida-se da igualdade, fundamental para a promoção de cidadãos livres e autônomos, por outro lado, a intervenção em prol da igualdade restringe a própria esfera de liberdade que se quer ampliar.

Para Habermas, o problema reside justamente no fato de que a autonomia do cidadão só será alcançada quando se revelar aquilo que os dois paradigmas não enxergam: que o cidadão só é autônomo quando é autor do direito ao qual se submete. Por isso, faz-se necessária uma nova interpretação dos sistemas de direitos que conjugue as pretensões normativas dos paradigmas anteriores e estabeleça critérios para que o direito seja fruto da autodeterminação pública.

Nesse sentido, Habermas defende que o dilema da estruturação de um novo paradigma do direito para as sociedades complexas pode ser resolvido com a sua proposta procedimental⁷⁵⁰, para a qual o direito das sociedades contemporâneas, que não pode encontrar seu fundamento de legitimidade em valores morais compartilhados pela tradição ou pela cultura, e tampouco por valores dados pela metafísica, devendo partir da ideia da autoconstituição de uma comunidade formada por parceiros livres e iguais através da participação dos cidadãos nos processos legislativos como autores do direito e coordenadores dos rumos do Estado⁷⁵¹. Os indivíduos autônomos e privados do mercado e os clientes das burocracias estatais passam, no paradigma procedimental, a ocupar o lugar de cidadãos que participam da vida pública de forma livre e igual, onde cada um é tratado individualmente de acordo com suas próprias demandas e características⁷⁵².

⁷⁵⁰ Idem, p. 127. Note-se que, o paradigma procedimental não é apresentado por Habermas como uma solução para a crise do Estado de Bem-estar Social, é antes disso “uma tentativa de dar sentido normativo à vigência de direitos que, apesar de terem sido introduzidos em contextos históricos marcados pelos modelos de Estado liberal e de Estado Social, continuam existindo no sistema jurídico.” (NADAI, Bruno; MATTOS, Paulo Todescan Lessa. Paradigmas de Direito: compreensão e limites. In: **Direito e Democracia. Um guia de leitura de Habermas**. NOBRE, Marcos; TERRA, Ricardo. (org). São Paulo: Malheiros, 2008, p. 277-278).

⁷⁵¹ **Direito e Democracia: entre faticidade e validade. vol. II.**, p. 131.

⁷⁵² Idem, p. 183. Nesse sentido, José Adércio Leite Sampaio ressalta que na obra de Habermas “A cidadania é o conceito chave do novo velho elo. Cidadania que exige institucionalização por meio de um direito produzido democraticamente, tanto em pleitos eleitorais que tomam por

Portanto, para Habermas diante do pluralismo social e da sofisticação das sociedades contemporâneas, a legitimidade do direito só possível pelo prisma de uma moralidade *pós-convencional*, o que quer dizer que os direitos não encontram seu fundamento de legitimidade em valores sociais fruto das tradições culturais, religiosas ou linguísticas, mas em valores que são determinados através da formação discursiva da opinião e da vontade dos cidadãos que participam da esfera pública de tomada de decisões de forma livre e igual⁷⁵³. Nesse paradigma os valores substantivos de uma sociedade não são dados, mas construídos mediante um consenso intersubjetivo.

No paradigma procedimental, a autonomia pública dos cidadãos que lhes garante os direitos fundamentais à participação no processo democrático viabiliza-se mediante a proteção da sua autonomia privada. Como explica Habermas, “Uma autonomia privada assegurada serve como ‘garantia para a emergência’ da autonomia pública, do mesmo modo que uma percepção adequada da autonomia pública serve como ‘garantia para a emergência’ da privada.”⁷⁵⁴ Assim, em termos concretos, pode-se afirmar que para Habermas o direito à liberdade de expressão é o instrumento para a luta e para a garantia do direito à participação, por outro lado,

pressupostos aqueles mesmos cidadãos livres e iguais e que pré-determinam a promulgação de leis que somam escolhas morais e paradigmáticas (essas concessões ao que de humano têm as instituições), quanto por decisões judiciais que reconstróem os enunciados e fragmentos de leis, as regras, os princípios e os precedentes como que aplicando o sistema para a solução do caso concreto, integrando-os e reforçando, por isso mesmo, a integridade do direito.” (Habermas entre Amigos e Críticos. Prolegômenos para uma Esfera Pública. In: **Jürgen Habermas, 80 anos. Direito e Democracia**. FRANKENBERG, Günter; MOREIRA, Luiz. (org.). Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 307).

⁷⁵³ Sobre as fases da moralidade referidas por Habermas, Álvaro Ricardo de Souza Cruz explica que: “A moralidade habermasiana encontra fundamento no pensamento de Kohlberg e este, por sua vez, na obra de Piaget.

Kohlberg estabelece um paralelo entre níveis distintos de moralidade e o processo de apreendizagem.

Desta feita, na etapa pré-convencional da sociedade, a comunidade ainda não possui valores próprios, vez que as tradições/costumes ainda não se consolidaram.

Da mesma forma que uma criança procura apreender padrões lingüísticos estabelecidos ou compreender regras de comportamento social, a comunidade está ainda estabelecendo norma de comportamento social.

A fase convencional corresponde aos momentos em que os valores éticos, religiosos, sociais, políticos e econômicos já estão estabelecidos, firmando um *status quo* social.

Comparada à apreendizagem, a criança já compreendeu as regras sociais, dela sabendo utilizar-se. Assim, se na etapa anterior ela não sabia mentir, ou se considerava negativa toda e qualquer mentira, ela já conhece o valor da ‘chamada mentira social’.

Na etapa pós-convencional, os indivíduos mesmo detentores de uma herança cultural, conseguem identificar os valores que formam sua identidade e passam a ter juízos de valor críticos sobre os mesmos por meio de reconhecimento dos direitos individuais e de princípios universais.” (**Jurisdição Constitucional Democrática...**, p. 214).

⁷⁵⁴ **Direito e Democracia: entre faticidade e validade. vol. II..**, p. 146.

somente com o direito à participação é que o indivíduo pode garantir a proteção e o exercício do seu direito à liberdade de expressão.

Esse processo circular que se forma para a garantia e realização da autonomia pública e da autonomia privada também está presente na própria formação do direito legítimo, o qual depende de um Estado de direito estruturado a partir de pressupostos comunicativos que se desenvolvem na esfera pública política⁷⁵⁵.

“Uma ordem jurídica é legítima na medida em que assegura a autonomia privada e a autonomia cidadã de seus membros, pois ambas são co-originárias; ao mesmo tempo, porém, ela deve sua legitimidade a formas de comunicação nas quais essa autonomia pode manifestar-se e comprovar-se. A chave da visão procedimental do direito consiste nisso. Uma vez que a garantia da autonomia privada através do direito formal se revelou insuficiente e dado que a regulação social através do direito, ao invés de reconstruir a autonomia privada, se transformou numa ameaça para ela, só resta como saída tematizar o nexo existente entre formas de comunicação que, *ao emergirem*, garantem a autonomia pública e a privada.”⁷⁵⁶

Desse modo, a legitimidade do direito no paradigma procedimentalista depende da interconexão entre autonomia pública e privada do cidadão. A legitimidade de todo ato jurídico é fruto da sua capacidade de expressar essas autonomias, o que demanda um processo de autolegislação constante, como se o direito se desenrolasse através de um “processo constituinte duradouro”⁷⁵⁷. Para tanto, é fundamental o engajamento do cidadão no processo político democrático de produção do direito, no qual os diversos interesses individuais e sociais articulam-se para formar um consenso procedimental que servirá de orientação para a vida em sociedade⁷⁵⁸. O distanciamento do cidadão da produção do direito, além de esvaziar

⁷⁵⁵ Idem, p. 146.

⁷⁵⁶ Idem, p. 147.

⁷⁵⁷ Idem, p. 148.

⁷⁵⁸ Sobre a importância do consenso procedimental, Marcelo Neves explica que “É o consenso em relação aos procedimentos que possibilita a convivência com o dissenso político e jurídico sobre valores e interesses no Estado Democrático de Direito, tornando-a suportável na sociedade complexa de hoje. Isso porque é no âmbito deste é que se pode construir e desenvolver uma esfera pública pluralista constitucionalmente estruturada, cujos procedimentos estão abertos aos mais diferentes modos de agir e vivenciar políticos e a admitir até mesmo os argumentos e as opiniões como probabilidades de transformação de conteúdo da ordem jurídico-política, desde que respeitadas e mantidas as ‘regras’ ‘procedimentais’ ‘do jogo’. Ao intermediar o consenso com o procedimento e dissenso com relação ao conteúdo, o Estado Democrático de Direito viabiliza o respeito recíproco às diferenças no campo jurídico-político da sociedade supercomplexa contemporânea e pode, ao mesmo tempo, atuar como fator construtivo e dinâmico para a reprodução autônoma das esferas plurais de comunicação.” (Do consenso ao dissenso: Estado democrático de direito para além de Habermas. In: **Democracia hoje: Novos desafios para a teoria democrática contemporânea**. SOUZA, Jessé. Brasília: UNB, 2001, p. 143).

o direito de legitimidade, recoloca o cidadão na posição de cliente do Estado, como paradigma social, e não como comandante de seus rumos através de um processo público intersubjetivo.

Habermas adverte ainda que o direito legítimo só decorre de processos comunicativos em que todos participam como sujeitos de direito livres e iguais, de modo que só são dotadas de racionalidade as decisões que são fruto de um processo comunicativo no qual os sujeitos são tratados como iguais. A igualdade de tratamento e a igualdade de aplicação do direito resumem-se em igualdade perante a lei, a qual deve ser interpretada conforme a posição e as características do sujeito na sociedade, seguindo a ideia de que cidadãos diferentes devem receber tratamento diferenciado a partir de critérios de tratamos definidos pela própria esfera pública de decisão democrática. Nesse sentido, Habermas explica que “O direito legítimo fecha, pois, o círculo entre a autonomia privada de seus destinatários, tratados de modo igual, e a autonomia pública dos cidadãos, os quais têm que decidir (em última instância) e enquanto autores da ordem jurídica, iguais em direitos, sobre os critérios de igualdade de tratamento.”⁷⁵⁹

De acordo com o filósofo alemão, a interdependência entre autonomia pública e privada é compreendida de forma perfeita pelo movimento feminista contemporâneo, o qual está consciente de que a autonomia privada da mulher só será garantida de maneira sólida à medida que for fortalecida a sua autonomia pública. Nos primeiros passos do movimento feminista, seguindo o paradigma social do direito, buscou-se o direito à igualdade de gênero lutando pela garantia de direitos sociais específicos para o gênero feminino. No entanto, a normatização produzida pelo Estado Social não foi capaz de absorver as diferenças que existem entre as próprias mulheres, criando assim um modelo de mulher padronizado que violava a autonomia individual das próprias mulheres. Por isso, em um segundo momento, a luta feminista volta-se para o direito de autodeterminação, isto é, para que as próprias mulheres pudessem determinar os seus direitos a partir das peculiaridades existentes no interior de cada grupo feminino. Ou seja, compreendeu-se que existe um nexos forte entre autonomia pública e privada, razão pela qual o feminismo tem investido na autonomia pública como forma de construir uma

⁷⁵⁹ **Direito e Democracia: entre faticidade e validade. vol. II...**, p. 154.

consciência crítica no próprio bojo do processo democrático capaz de preservar a autonomia privada⁷⁶⁰.

Todavia, a compreensão do paradigma procedimental do direito proposto por Habermas depende da elucidação de um dos pontos centrais de sua teoria: a tese de que o direito legítimo, que preserva e promove a autonomia pública e autonomia privada dos cidadãos, depende de uma "... esfera pública desconfiada, móvel, desperta e informada, que exerce influência no complexo parlamentar e insiste nas condições da gênese do direito legítimo"⁷⁶¹. Assim, o núcleo do paradigma procedimentalista está na construção e preservação de uma esfera pública autônoma em que ocorra a participação do maior número de pessoas, na qual a mídia atue de forma independente e honesta e os partidos políticos permanecem não estatizados⁷⁶². Nesse sentido, Habermas afirma que a esfera pública no paradigma procedimentalista é:

"... a ante-sala do complexo parlamentar e a periferia que inclui o centro político, no qual se originam os impulsos: ela exerce influência sobre o estoque de argumentos normativos, porém, sem a intenção de conquistar partes do sistema político. Através dos canais de eleições gerais e de formas de participação específicas, as diferentes formas de opinião pública convertem-se em poder comunicativo, o qual exerce um duplo efeito: a) autorização sobre o legislador, e b) de legitimação sobre a administração reguladora; ao passo que a crítica do direito, mobilizada publicamente, **impõe obrigações de fundamentação mais rigorosas a uma justiça engajada no desenvolvimento do direito.**"⁷⁶³ (grifou-se)

Para Habermas, a vivacidade da sociedade civil e da esfera pública são fatores fundamentais de uma sociedade complexa e plural, na qual o que deve ser preservado não é a produtividade do mercado ou a capacidade regulativa da administração pública, mas "... a solidariedade social em vias de degradação, as fontes de equilíbrio de natureza em vias de esgotamento."⁷⁶⁴. Como explica o próprio autor, os processos democráticos que se desenvolvem nos Parlamentos e fóruns públicos oficiais compõem apenas um pequeno segmento da vida pública. Assim, a qualidade racional da decisão política não depende apenas nos trabalhos

⁷⁶⁰ Idem, p. 169.

⁷⁶¹ Idem, p. 185.

⁷⁶² Marcelo Neves chama a atenção para outros importantes componentes da esfera pública, como os movimentos sociais ou cívicos, além dos movimentos não organizados que articulam-se a fim da realização de protestos, os quais não se confundem com movimentos políticos de oposição. (Do consenso ao dissenso: Estado democrático de direito para além de Habermas..., p. 134).

⁷⁶³ **Direito e Democracia: entre faticidade e validade. vol. II., p. 187.**

⁷⁶⁴ Idem., p. 189

parlamentares, mas do *quantum* de participação dos cidadãos que dialogam na esfera pública não institucionalizada e da transparência e qualidade das informações que chegam para a discussão pública e servem de embasamento para a formação de opinião. Portanto, a legitimidade da decisão pública depende da “... qualidade da vida pública que vem, em geral, determinada pelas oportunidades efetivas que abrem ao espaço público político com seus meios de comunicação e suas instituições.”⁷⁶⁵

Nesse sentido, Souza Neto destaca que o conceito de espaço público introduzido por Habermas exerce uma função normativa, “O que o autor quer realçar é a importância de a esfera pública se tornar autônoma, em relação ao aparato burocrático estatal, pois apenas esferas públicas autônomas ensejam a formação democrática da vontade coletiva.”⁷⁶⁶ Dessa forma, a esfera pública torna-se o principal elemento de articulação da democracia deliberativa, pois possibilita uma participação ativa dos cidadãos independentemente de estarem inseridos nos processos democráticos realizados na esfera pública institucionalizada⁷⁶⁷.

Portanto, o paradigma procedimental do direito distingue-se dos paradigmas anteriores porque tem como ponto de referência uma sociedade civil e uma esfera pública forte e atuante, na qual o processo democrático e o sistema de direitos ganham grande relevância, e não pode ser um paradigma formal e livre de conteúdos pré-definidos. O formalismo do paradigma procedimental refere-se apenas ao fato de que ele não oferece nenhuma concepção predeterminada de vida ou de política, garantindo as condições do processo democrático para que os sujeitos encontrem suas opções de vida e as soluções para os seus problemas, respeitando a autonomia pública e privada de todos os membros da sociedade. Nesse sentido, é relevante anotar que Habermas não nega a necessidade de conteúdos substantivos na normatização da sociedade, apenas destaca que esses

⁷⁶⁵ Cómo es possible la legitimidad por via de la legalidad?..., p. 44.

⁷⁶⁶ **Teoria da Constituição e Democracia Deliberativa**..., p. 153.

⁷⁶⁷ Idem, p. 127. Ainda sobre a função da esfera pública na teoria habermasiana, vale destacar a observação feita por Cláudio Pereira de Souza Neto: “O modelo de Habermas implica uma divisão de trabalho entre ‘públicos fracos’ e ‘públicos fortes’. Os primeiros correspondem à esfera pública; os segundos, às instituições políticas formalmente organizadas, em especial, ao parlamento. Na verdade as expectativas normativas que são objeto de deliberação no espaço público devem informar permanentemente a deliberação que se dá nos fóruns oficiais, mas é no âmbito destes que as decisões políticas são finalmente tomadas.” (Idem, *Ibidem*).

conteúdos não estão dados de forma metafísica, pela tradição, pela cultura e etc., são definidos através do procedimento intersubjetivo, aí a sua relevância.

Por isso, o objetivo do paradigma procedimentalista do direito não é preservar princípios morais compartilhados pela sociedade que servem de fundamento da ordem jurídica, mas proteger as condições para o processo democrático responsável pelo destino da sociedade. A viabilização do paradigma procedimental do direito se dá através das estruturas do Estado Democrático de Direito, as quais são capazes de institucionalizar processos comunicacionais para a formação discursiva da opinião e da vontade, possibilitando, desta forma, o exercício da autonomia pública e privada, bem como a legitimidade democrática do direito.

No entanto, para alcançar os anseios do paradigma procedimental é preciso um modelo de democracia que se combine com o Estado de Direito gerando um vínculo de dependência entre autonomia pública e autonomia privada. Para tanto, Habermas propõe um modelo procedimental de democracia deliberativa, que fica a meio caminho entre o modelo republicano e o modelo liberal, para promover a gênese democrática dos direitos.

2.4.2 A tensão entre direito e democracia no paradigma procedimental

Ao negar que a metafísica ou a moral compartilhada por uma comunidade de princípios possam servir de fundamento de legitimidade para a ordem jurídica de sociedades marcadas pelo pluralismo de valores éticos, Habermas defende que a legitimidade do direito seja extraída de um diálogo público intersubjetivo no qual os membros da sociedade participam de modo livre e igual através do exercício da autonomia pública e privada. Desse modo, os direitos que orientam a vida em sociedade não são frutos de valores morais ou metafísicos, mas de um consenso procedimental obtido mediante o processo político democrático⁷⁶⁸. No entanto, a gênese democrática dos direitos defendida por Habermas depende de uma rearticulação entre os pilares do Estado Democrático de Direito, uma vez que a interpretação liberal e a interpretação republicana da tensão entre direito e

⁷⁶⁸ Os pontos positivos e negativos da possibilidade de fundamentação dos direitos humanos pela via do consenso proposta por Habermas, é discutida por Robert Alexy em **Teoría del discurso y derechos humanos**. Tradução: Luis Villar Borda. Colômbia: Universidade Externado de Colômbia, 2004, p. 121 e ss.

democracia é incapaz de justificar a co-originalidade da autonomia pública e da autonomia privada.

Habermas lembra que para a democracia clássica as leis da República são a expressão ilimitada da vontade do povo, até mesmo o *ethos* deve ser submetido a um processo deliberativo democrático para obter validade. Por outro lado, na democracia moderna o Estado de Direito limita a soberania popular ao impedir que leis formadas democraticamente suprimam direitos humanos positivados como fundamentais. Portanto, na modernidade as duas fontes de legitimidade do Estado Democrático de Direito – a soberania popular e os direitos humanos – surgem concorrendo uma com a outra⁷⁶⁹. Contudo, Habermas acredita que o direito moderno pode ser justificado com fundamento nos direitos humanos e na soberania popular, embora nem sempre esses dois princípios sejam interpretados como princípios complementares. A tradição liberal e a tradição republicana, por exemplo, enxergam-nos como princípios contraditórios⁷⁷⁰.

“Os liberais invocam o perigo de uma ‘tirania da maioria’, postulam o primado de direitos humanos que garantem as liberdades pré-políticas do indivíduo e colocam barreiras à vontade soberana do legislador político. Ao passo que os representantes de um humanismo republicano dão destaque ao valor próprio, não-instrumentalizável, da auto-organização dos cidadãos, de tal modo que, aos olhos de uma comunidade naturalmente política, os direitos humanos só se tornam obrigatórios enquanto elementos de sua própria tradição, assumida conscientemente.”⁷⁷¹

Portanto, liberais e republicanos enxergam um paradoxo entre o livre exercício da soberania popular e a ampla tutela dos direitos humanos, de modo que a plena realização de um impede o exercício do outro e vice-versa. Enquanto liberais enfatizam a autonomia privada, defendendo a inviolabilidade absoluta dos direitos humanos, os republicanos privilegiam a autonomia pública, de modo que só devem ser observados aqueles direitos incorporados na tradição da comunidade. Portanto, liberais e republicanos criam uma hierarquia entre direitos humanos e soberania popular⁷⁷².

De acordo com Habermas, a conciliação entre direitos humanos e soberania popular depende da compreensão do papel do processo democrático na formação

⁷⁶⁹ Estado Democrático de Direito: uma amarração paradoxal de princípios?..., p. 153-154.

⁷⁷⁰ **Direito e Democracia: entre faticidade e validade. vol. I...**, p. 133.

⁷⁷¹ Idem, p. 134.

⁷⁷² Estado Democrático de Direito: uma amarração paradoxal de princípios?..., p. 154.

do direito legítimo. Enquanto liberais compreendem a democracia como uma reunião de preferências privadas feita de acordo com os métodos do mercado que irão orientar a atividade do Estado, para os republicanos a democracia é um processo político que organiza a sociedade através de estruturas comunicacionais que visam ao entendimento mútuo acerca dos valores que orientam atividade do Estado. Nesse sentido, o paradigma democrático liberal é o mercado, enquanto o paradigma democrático republicano é o diálogo. Por essa razão, os liberais dão preferência às liberdades negativas que protegem a esfera privada e os republicanos dão preferência às liberdades positivas que possibilitam o diálogo. Dessa forma, para os liberais as decisões democráticas estão em posição de submissão em relação aos direitos de liberdade, enquanto para os republicanos as decisões democráticas são o único meio para a legitimação da ordem jurídica.

“De acordo com a visão liberal, o processo democrático se dá exclusivamente sob a forma de compromissos entre interesses concorrentes, devendo a equidade ser assegurada pelo direito geral e igualitário de votar, pela composição representativa dos corpos parlamentares, pelas normas decisórias, etc. Tais normas são, por fim, justificadas em termos de direitos liberais fundamentais. De acordo com a visão republicana, a formação democrática da vontade se dá sob a forma de um discurso ético-político. Neste caso, a deliberação conta com um consenso de fundo estabelecido culturalmente e compartilhado pelo conjunto dos cidadãos.”⁷⁷³

Para Habermas, quando comparado ao modelo liberal, o modelo republicano tem a vantagem de preservar o significado original de democracia como o exercício da autonomia pública dos cidadãos através das práticas intersubjetivas. No entanto, o republicanismo falha ao depositar todas as suas fichas na existência de uma vinculação ética entre os indivíduos. Por outro lado, o modelo liberal é capaz de preservar a autonomia privada dos cidadãos que é fundamental para um processo democrático legítimo.

Por isso, Habermas formula uma terceira interpretação para o processo democrático a partir da sua teoria do discurso que reúne o que há de melhor nos modelos liberal e republicano a fim de formar um conceito procedimental de deliberação democrática capaz de preservar a autonomia pública e privada e servir de fundamento de legitimidade para a ordem jurídica.

⁷⁷³ Os três modelos normativos de democracia. Tradução: Anderson Fortes Almeida e Acir Pimenta Madeira In: **Cadernos da Escola do Legislativo nº. 3**. Belo Horizonte, jan./jun. 1995. s/ página. Disponível em: <http://www.almg.gov.br/CadernosEscol/Caderno3/habermas.pdf>. Acesso em: 20. set.2009.

Assim, Habermas defende que a legitimidade das decisões democráticas que compõem o ordenamento jurídico de um Estado democrático de direito decorre da institucionalização do *princípio da democracia*, o qual é fruto do seu princípio do discurso e serve de ideal normativo para os processos políticos democráticos em que os direitos humanos e a soberania popular, autonomia privada e autonomia pública surgem como princípios complementares.

“... parto da circunstância de que o princípio da democracia destina-se a amarrar um procedimento de normatização legítima do direito. Ele significa, com efeito, que somente podem pretender validade legítima as leis jurídicas capazes de encontrar o assentimento de todos os parceiros do direito, num processo jurídico de normatização discursiva. O princípio da democracia explica, noutros termos, o sentido performativo da prática de autodeterminação de membros do direito que se reconhecem mutuamente como membros iguais e livres de uma associação estabelecida livremente.”⁷⁷⁴

Portanto, o princípio da democracia é a forma jurídica do princípio do discurso capaz de explicar a “*gênese lógica dos direitos*”⁷⁷⁵. Através do discurso se institucionalizam as condições para o exercício discursivo da autonomia política dos cidadãos e da soberania popular. Tais condições compõem o núcleo do sistema de direito que sustenta um processo circular no qual o direito e o seu mecanismo de produção – o processo democrático – se constituem de modo co-originário. O sistema de direitos é composto por direitos que os cidadãos atribuem-se, obrigatória e mutuamente, para a garantia da legitimidade dos direito que regulará suas vidas, ou seja, para viabilizar a autolegislação⁷⁷⁶. Conforme explica Cittadino, são direitos que transformam o indivíduo em autores e sujeitos de direitos para a participação no processo de produção legislativa democrática⁷⁷⁷.

Esse sistema de direitos, que o princípio da democracia elege como condição fundamental para produção legítima do direito mediante um processo de autolegislação em que todos são livres e iguais, é composto por cinco categorias de direitos introduzidos de forma abstrata⁷⁷⁸.

A primeira categoria de direitos reúne os *direitos fundamentais à igual liberdade de ação subjetiva*. Todos devem ter igual liberdade de ação subjetiva para

⁷⁷⁴ **Democracia e Direito vol. I...**, p. 145.

⁷⁷⁵ Idem, p. 158.

⁷⁷⁶ Idem, p. 158-159.

⁷⁷⁷ **Pluralismo, Direito e Justiça Distributiva ...**, p. 174.

⁷⁷⁸ **Democracia e Direito vol. I...**, p. 159.

participação no processo democrático em condições de igualdade⁷⁷⁹. Na segunda categoria estão os direitos que asseguram a cada um o *status* de membro igual e autônomo da comunidade jurídica. São direitos de participação que fazem a distinção entre membros e não-membros da comunidade, proibindo a participação de estranhos. Ou seja, para participar é preciso ser cidadão, ter *status* de membro da sociedade⁷⁸⁰. Na terceira categoria encontram-se os direitos fundamentais que possibilitam a postulação judicial dos direitos. Essa categoria indica a necessidade de direitos que garantam aos indivíduos que se sintam lesados juridicamente meios para obter a proteção e/ou reparação dos seus direitos. São direitos de justiça que “... garantem a todas as pessoas igual proteção jurídica, igual pretensão a ser ouvido, igualdade de aplicação do direito, portanto, o direito de serem tratados como iguais perante a lei, etc.”⁷⁸¹

Essas três categorias de direitos – à igualdade de liberdade subjetiva, à associação e à participação e a garantias dos direitos – estabelecem um código jurídico sem o qual não existe nenhum direito legítimo. É de extrema importância ressaltar que esses direitos não se confundem com direitos fundamentais liberais ou direitos de defesa contra o Estado, uma vez que não há neste estágio um poder estatal organizado contra o qual se possa reivindicar direitos, tais direitos “... precisam ainda ser *configurados* e *interpretados* por um legislador político, de acordo com as circunstâncias.”⁷⁸²

Esses direitos garantem a autonomia privada dos cidadãos quando eles se reconhecem como destinatários da lei e lhes dão a oportunidade de obter direitos e reivindicá-los. Esse código de direitos será concretizado por direitos positivos determinados através de um processo democrático que devem ser compreendidos como uma decorrência de tais categorias de direito. Assim, direitos como à liberdade, à dignidade, à integridade física, à propriedade são frutos do direito à igual liberdade subjetiva. Direitos a não extradição, asilo, cidadania, por sua vez, decorrem do direito à associação e à participação. Enquanto as garantias processuais do direito são reflexos do direito à garantia de direitos.

⁷⁷⁹ Idem, p. 160-161.

⁷⁸⁰ Idem, p. 161.

⁷⁸¹ Idem, p. 162.

⁷⁸² Idem, Ibidem.

Embora esses direitos garantam a autonomia privada dos indivíduos, estes só serão de fato autônomos se se autoconceberem como autores dos direitos dos quais são destinatários. Por isso, surge uma quarta categoria de direitos fundamentais que garante a participação nos processos de formação da opinião e da vontade do legislador em condições de igualdade. Trata-se da garantia do exercício da autonomia pública do cidadão que torna possível a produção de direitos legítimos, isto é, o processo de autolegislação. Os direitos políticos que provêm o *status* de cidadãos livres e iguais possibilitam que o cidadão tenha uma postura ativa diante do direito capaz de assegurar-lhe sua autonomia pública e privada⁷⁸³.

O círculo de criação democrática do direito fecha-se com a garantia dos direitos de participação porque são esses direitos que viabilizam que os próprios cidadãos, no exercício de sua autonomia política, determinem quais são os direitos que dão forma às três primeiras categorias de direito inscritas no princípio democrático para a tutela da autonomia privada do indivíduo. Assim, por um lado, a legitimidade do processo democrático exige dos indivíduos a atribuição recíproca de direitos fundamentais que protegem a sua autonomia privada, por outro, tais direitos voltados à autonomia privada serão definidos e garantidos no exercício dos direitos de participação que efetivam a autonomia pública dos cidadãos. Aí a circularidade e interdependência entre a autonomia pública e a autonomia privada que demonstra que a autonomia plena só se alcança quando os cidadãos exercerem a autonomia pública a fim de determinarem a disciplina jurídica que salva-guarda a sua autonomia privada, a qual, é a própria condição de possibilidade da autonomia pública através dos direitos de participação. Como repete diversas Habermas, a autonomia só se dá quando os sujeitos de direito se autocompreendem como autores e destinatários do direito positivo que orienta suas vidas⁷⁸⁴.

⁷⁸³ Sobre o papel e a importância dos direitos de participação na teoria de Habermas, Alexy faz a seguinte observação: "A particularidade do paradigma procedimental do direito só evidencia se estudado mais de aperto o catálogo habermasiano. Vê-se, então, um papel de liderança dos direitos fundamentais políticos, o qual se manifesta claramente na formulação dos direitos dos primeiros três grupos. Assim, a liberdade liberal é incluída no jogo não pelo fato de se falar simplesmente em um discurso universal à liberdade de ação ou em direitos de liberdade especiais agregados a semelhante direito universal. Ao contrário, os direitos fundamentais liberais são colocados, desde o princípio, sob a ressalva da configuração politicamente autônoma." (ALEXY, Robert. Os Direitos Fundamentais e a Democracia no Paradigma Procedimental do Direito de Jürgen Habermas. In: **Jürgen Habermas, 80 anos. Direito e Democracia**. FRANKENBERG, Günter; MOREIRA, Luiz.. (org.). Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2009, p. 130).

⁷⁸⁴ **Democracia e Direito vol. I...**, p. 163.

No entanto, os direitos que visam à proteção e à promoção da autonomia privada inscritos nas três primeiras categorias de direitos, bem como os direitos que asseguram a autonomia pública do cidadão, reunidos na quarta categoria de direitos, dependem de uma quinta categoria de direitos, na qual se encontram os direitos que garantem as condições sociais, técnicas e ecológicas. Nesse grupo estão os direitos sociais e econômicos básicos sem os quais o cidadão fica impedido de exercer a autonomia privada e a autonomia pública asseguradas pelas categorias de direito anteriores⁷⁸⁵.

É fundamental frisar que essas categorias de direitos que compõem o princípio democrático funcionam como *condições possibilitadoras* da própria democracia, e não como limites ao processo democrático, não havendo qualquer espécie de restrição ao legislador. Nessa perspectiva, os direitos humanos são compreendidos como condições possibilitadoras do exercício da soberania popular, de modo que a sua tutela representa uma exigência para a preservação da normatização legítima do direito, e não limites para a o legislador democrático. No modelo procedimental de Habermas o processo democrático deve estar aberto a todos os valores de uma sociedade complexa, já que o conteúdo substantivo das normas jurídicas não é dado previamente, mas justificado no decorrer de um processo deliberativo legítimo. Por isso, o único impedimento à maioria é tomar decisões que danifiquem o as condições procedimentais da própria democracia.

Nessa mesma linha, Estado de Direitos e democracia se pressupõem mutuamente para conferir legitimidade à ordem jurídica. Só são legítimos os direitos decorrentes de um processo democrático que respeita a autonomia privada e a autonomia pública dos cidadãos configuradas pelo sistema de direitos do princípio democrático. Um processo democrático que não respeita as exigências dos direitos não é capaz de respeitar a autonomia dos sujeitos e não os conceber como cidadãos livres e iguais. Por isso, se a democracia é fundamental para a legitimidade do direito uma vez que faz os cidadãos construtores do Estado de Direito, o Estado de Direito é fundamental para a deliberação pública, pois viabiliza um debate público em que a troca de argumentos se dá em condições de igualdade e liberdade,

⁷⁸⁵ Idem, p. 160.

condições fundamentais para a legitimidade do debate democrático⁷⁸⁶. Sobre essa relação de reciprocidade, vale conferi o exemplo dado por Cláudio Pereira se Souza Neto:

“Se há censura, p. ex., a crítica fica limitada e os interesses particulares eventualmente ocultos por detrás das propostas políticas não podem ser adequadamente trazidos à luz. Da mesma maneira, se há um grande desequilíbrio entre os participantes do debate público, não há formação discursiva da vontade coletiva, mas manipulação da opinião pública por minorias privilegiadas. Ao dirimir essas distorções, o estado de direito realiza justamente o papel de promover a institucionalização do processo inclusivo de formação pública da opinião e da vontade: é, portanto, a configuração histórica em que o ideal democrático de autonomia pública, reinterpretado em termos deliberativos, pode ser efetivado.”⁷⁸⁷

Portanto, ao contrário do modelo liberal, o modelo procedimental de democracia não coloca os direitos como limites ao exercício da soberania popular, uma vez que os direitos são responsáveis pela formação e desenvolvimento do próprio processo democrático. Em oposição ao modelo republicano, a democracia procedimental não depende de conteúdos éticos consolidados pela tradição da comunidade para ter legitimidade. A legitimidade do direito depende única e exclusivamente de um processo de autolegislação orientado pelo sistema de direitos que compõe o núcleo do princípio democrático.

Por fim, Habermas adverte que a concepção abstrata do sistema de direitos que forma o núcleo do princípio democrático é apenas um artifício, já que nada surge independente das interpretações já elaboradas pela história. Assim, o sistema de direitos não possui uma “pureza transcendental”, é construído com o suporte de interpretações acerca desse mesmo sistema de direitos já desenvolvidas ao longo da história da comunidade. Por isso, em duzentos anos de constitucionalismo europeu, o que se tem não são normas jurídicas que se sucedem como rupturas, de forma absolutamente independente uma das outras, mas uma constante

⁷⁸⁶ De acordo com Alexy, o valor do argumento democrático para a fundamentação dos direitos fundamentais e humanos: “está em dirigir o olhar, dos direitos fundamentais e dos direitos humanos, para procedimentos e instituições da democracia e fazer patente que a ideia do discurso só pode se realizar em um Estado constitucional democrático, no qual os direitos fundamentais e a democracia, apesar de todas as tensões, entram em uma inseparável associação. A teoria do discurso permite, com efeito, não só uma fundamentação dos direitos fundamentais e dos direitos humanos, ela se evidencia também como teoria básica do Estado constitucional democrático.” (ALEXY, Robert. **Teoría del discurso y derechos humanos...**, p. 130-131).

⁷⁸⁷ **Teoria da Constituição e Democracia Deliberativa...**, p. 129.

reconstrução dos sistemas de direitos – reconstrução que só é possível porque já existia algo construído – através de práticas intersubjetivas⁷⁸⁸.

É com esse argumento que Habermas responde a objeção levantada por Michelman de que o modelo democrático procedimental não elimina com o paradoxo entre Estado de Direito e democracia, uma vez que ele reaparece quando buscamos identificar a legitimidade do ato de fundação do ordenamento jurídico, no caso da constituição, e averiguar se (em uma perspectiva teórico-discursiva) se esse ato foi fruto de um procedimento democrático legítimo. De acordo com Michelman a teoria do discurso não resolve o paradoxo entre soberania popular e Estado de Direito porque constrói um caminho circular de autoconstituição do direito que acabaria em um regresso ao infinito. Ou seja, a própria Assembleia Constituinte não poderia garantir a legitimidade das regras segundo as quais ela mesma foi constituída, pois nesse caso sempre se estaria procurando por um último fundamento de legitimidade, até o infinito.

Para responder a essa objeção, Habermas adverte que se deve partir da concepção de que a constituição é uma abertura para o futuro, de modo que uma constituição democrática em seu conteúdo e em sua fonte de legitimação é um projeto que forma tradições a partir de um momento marcado na história, possibilitando que todas as gerações atualizem a substância normativa da constituição. Essa continuação do evento fundador pode ser interrompida e atingida por recaídas históricas, mas também pode ser interpretada a longo prazo contando com a possibilidade de autocorreção. É importante notar que a interpretação da história constitucional como processo de aprendizagem pelas gerações posteriores deve partir do mesmo ponto de partida dos fundadores, pois “Apesar da distância todos os participantes têm que estar em condições de reconhecer o projeto como sendo o mesmo que perdura, através de séculos, e serem capazes de avaliá-lo dentro da *mesma perspectiva*”⁷⁸⁹.

⁷⁸⁸ **Democracia e Direito** vol. I..., p. 166.

⁷⁸⁹ O Estado Democrático de Direito: uma amarração paradoxal de princípios..., p. 166.

2.4.3 A jurisdição constitucional no paradigma procedimental

Estabelecida a fonte de legitimidade do direito positivo no paradigma procedimental como o próprio processo democrático revestido das condições impostas por um sistema de direitos, tornam-se possíveis a análise e a compreensão do papel da jurisdição constitucional no paradigma procedimental do direito aplicável nos Estados Democráticos de Direito. O objetivo de Habermas nesse momento é investigar como a jurisdição constitucional pode operar de forma construtiva no âmbito da divisão de poderes sem socorrer-se de competências legisladoras, uma vez que somente uma interpretação e aplicação construtiva do direito é capaz de resguardar a sua legitimidade democrática.

Habermas inicia sua investigação partindo da premissa de que a racionalidade da jurisdição constitucional é medida de acordo com critérios de segurança jurídica e aceitabilidade social de suas decisões. Nesse sentido, deve a jurisdição constitucional atuar no campo da aplicação do direito legítimo, que dentro da estrutura dos poderes do Estado Democrático de Direito depende de um processo democrático em que a esfera pública e as instituições estatais interagiram reservando a possibilidade de livre e igual participação para todos os cidadãos, de modo a realizar o processo de autolegislação. Assim, o direito legítimo que servirá de fundamento para uma decisão racional legítima provém de um processo legislativo exterior à jurisdição constitucional⁷⁹⁰.

Diante dessa ressalva inicial, Habermas afirma que a existência da jurisdição constitucional não é autoevidente, uma vez que existem diversos Estados de Direito que não contam com uma jurisdição constitucional na sua estrutura institucional. Ainda, mesmo onde existe, o papel na divisão de poderes, a legitimidade democrática e os limites da jurisdição constitucional são verdadeiras controvérsias, razão pela qual é necessário esclarecer qual é a sua importância e a sua função no marco do Estado Democrático de Direito.

Em geral, as objeções à jurisdição constitucional possuem uma crítica central que consiste em uma eventual disputa travada entre a legislação e a jurisdição, ou seja, uma disputa em torno da divisão de poderes. Para Habermas, de todas as competências que podem ser atribuídas à jurisdição constitucional, a mais

⁷⁹⁰ **Democracia e Direito vol. I...**, p. 297.

problemática é, sem dúvidas, o controle abstrato de constitucionalidade, na qual o Tribunal Constitucional corre sério risco de confundir o seu papel com o do legislador. Por isso, Habermas sugere que sejam pensados mecanismos de reexame das decisões parlamentares se desenvolvessem no próprio Parlamento como um processo de autoreflexão do legislador orientado por princípios. Esse controle normativo feito pelo próprio Parlamento certamente aumentaria a racionalidade do processo legislativo, que ficaria obrigado a concentrar-se em questões de princípio ao invés de desvirar-se para as negociatas parlamentares. Assim, o controle de constitucionalidade abstrato deve ser realizado, indiscutivelmente, pelo legislador, podendo assumir, no âmbito do parlamento, os contornos de um processo judicial⁷⁹¹.

No entanto, o autor reconhece que a importância da jurisdição constitucional para a concretização do direito constitucional, um direito indeterminado que exige do aplicador uma maior densificação e clareza na sua aplicação para a manutenção de uma ordem jurídica coerente. Ou seja, um direito que depende de uma interpretação construtiva pautada por princípios para dar fechamento momentâneo para a dimensão aberta das normas constitucionais.

Superadas essas observações preliminares, Habermas busca os motivos que colocam a jurisdição constitucional em meio a tantas controvérsias, já que a transferência de competências do legislador para o tribunal constitucional a fim de garantir as liberdades subjetivas e o bem-estar social dos cidadãos é motivo de críticas e aplausos.

Assim, Habermas começa lembrando que no paradigma do Estado liberal a decisão judicial é compreendida como um agir orientado pelo passado, isto é, pelo cumprimento de decisões legislativas, enquanto o legislador cuida do futuro e o administrador dos problemas do presente. Trata-se de uma interpretação clássica do princípio da separação de poderes e da compreensão da constituição como instrumento de defesa do cidadão em face do Estado. Diante disso, as novas ideias que integram o paradigma social realmente estremecessem as estruturas constitucionais do paradigma liberal. Inaugura-se uma constituição principiológica que demanda interpretações construtivas voltadas à realização de justiça no

⁷⁹¹ Idem, p. 300-301.

presente e no futuro⁷⁹². Por conseguinte, o espaço da intervenção da jurisdição constitucional amplia-se rompendo com o tradicional esquema de divisão de poderes e a constituição passa a ser um instrumento de prestação concretizado por Tribunais Constitucionais. Com essa virada paradigmática, instala-se o debate sobre a legitimidade, o papel e os limites da jurisdição nos Estados Democráticos.

A necessidade de interpretar de forma construtiva, especificamente, faz nascer novas metodologias que se orientam pela concretização de valores e pela criação de alguns conceitos “chaves” da ordem constitucional como a proporcionalidade, a *reserva do possível*, o mínimo existencial e outros, os quais visam auxiliar o juiz na reconstrução racional da ordem jurídica. Nessa linha, destacam-se a jurisprudência dos valores adotada pelo Tribunal Constitucional alemão e a obra de Robert Alexy, as quais se tornaram alvo das críticas de Habermas que se passa a sumariar daqui em diante.

Habermas reconhece que toda a ordem jurídica que se justifica a partir de princípios deve ser interpretada de forma construtiva, uma vez que o texto da lei não fornece justificativas suficientes para as decisões em casos difíceis. No entanto, o problema da interpretação constitucional no Estado Democrático de Direito está em encontrar um método de interpretação construtivo que não transfira as competências do legislador para o Tribunal Constitucional⁷⁹³, o que teria como consequência a produção de decisões carentes de legitimidade democrática, uma vez que só são legítimas as decisões judiciais que se fundamentam em direito legítimo: em direito elaborado por um processo democrático em que os cidadãos participam de forma livre e igual, concebendo-se como autores e destinatários do direito.

Para Habermas, o problema da jurisprudência dos valores adotada pelo Tribunal Constitucional alemão e da teoria dos direitos fundamentais de Robert Alexy reside no mesmo ponto: a compreensão dos direitos fundamentais como normas em sentido teleológico, como valores ponderáveis, o que traz quatro consequências principais para a interpretação e aplicação do direito: *i)* o que é válido e inválido deixa de ser definido por um código binário, característica principal de um sistema jurídico, *ii)* as normas jurídicas quando interpretadas como valores são aplicadas de forma gradual, *iii)* forma-se um sistema jurídico conflituoso, no qual os

⁷⁹² Idem, p. 305-306.

⁷⁹³ Idem, p. 313-314.

valores estão em concorrência e iv) a aplicação das normas constitucionais depende de uma ponderação entre os valores concorrentes realizadas no caso concreto.

Em oposição a essa linha interpretativa e ao lado de Dworkin, Habermas defende que os princípios sejam interpretados em sentido deontológico, como normas válidas, que “... obrigam os seus destinatários, sem exceção e em igual medida, a um comportamento que preenche expectativas generalizadas...”, e não como valores “... entendidos como preferências compartilhadas intersubjetivamente.”⁷⁹⁴. Os princípios em sentido deontológico determinam um comando que deve ser realizado pelo aplicador, enquanto os princípios em sentido teleológico representam valores que indicam para o aplicador um comportamento recomendável.

Assim, princípios deontológicos são normas que trabalham com um código binário, aplicando o direito válido de forma universal e incondicional. Já os princípios em sentido teleológico assumem a forma de valores que se orientam por aquilo que será bom para aqueles que pertencem a uma determinada cultura ou forma de vida, por preferências selecionadas de acordo com um fim. Por isso, quando Dworkin refere-se aos direitos fundamentais como normas deontológicas e Alexy refere-se a eles como bens otimizáveis, há uma substancial distinção que terá impacto significativo na compreensão da legitimidade das decisões proferidas pela jurisdição constitucional.

Os direitos fundamentais como normas representam o interesse igualitário de todos, como valores formam uma ordem simbólica que reflete a identidade de uma determinada comunidade jurídica. Habermas concorda com o fato de que as normas de direitos fundamentais incorporam valores, mas destaca que o que orienta a ação jurídica é sua força normativa. Assim, normas de direitos fundamentais são normas de ação obrigatórias e não bens que devem ser perseguidos. Por isso, “... normas e valores assumem papéis diferentes na lógica da argumentação.”⁷⁹⁵

Consequentemente, os princípios em sentido deontológico compõem um sistema jurídico coerente em que as normas são aplicadas *prima facie*, possuem obrigatoriedade geral e não concorrem com objetivos coletivos. Enquanto os princípios vistos pelo prisma teleológico formam um sistema de valores em

⁷⁹⁴ Idem, p. 316.

⁷⁹⁵ Idem, p. 318.

concorrência, alcançando preferência no contexto intersubjetivo⁷⁹⁶ com auxílio da ponderação – criticada por Habermas por permitir que os direitos fundamentais cedam em face aos objetivos coletivos e pela ausência de critérios racionais, o que conduz o juiz a proferir decisões arbitrárias que se escondem com as vestes da ponderação⁷⁹⁷.

Uma decisão fundamentada em princípios como norma deve verificar qual é a pretensão e qual é a ação exigível no caso concreto. Habermas reconhece que as normas realmente compõem um sistema flexível, podendo ser adaptadas as soluções dadas pelo sistema caso a caso. Porém, essa flexibilidade deve contar com uma “reserva de coerência”, a qual compreende o sistema normativo como um sistema harmônico capaz de dar para cada caso concreto uma resposta certa. Assim, a decisão judicial tem a validade de um mandamento devidamente fundamentado de acordo com as exigências do caso concreto para a produção da melhor solução, o que é diferente de uma decisão judicial possível dentro das circunstâncias dadas⁷⁹⁸.

Para Habermas, quando os Tribunais constitucionais interpretam os direitos fundamentais como valores, atuam em concorrência com o Parlamento, pois não decidem a partir da reconstrução do direito legítimo diante das circunstâncias do caso, elege os valores em concorrência que acreditam serem os melhores para a decisão. No entanto, ao contrário do legislador, o Tribunal Constitucional orientado por valores é uma instância autoritária, pois diante de uma colisão de valores surgem argumentos de colocação de objetivos e preferências compartilhadas que devem se restringir ao âmbito do discurso legislativo quando o direito é compreendido como um conjunto de normas deontológicas.

Ou seja, os princípios interpretados como valores derrubam as fronteiras entre Legislativo e Judiciário, carecendo de legitimidade por caracterizar-se como um direito ilegítimo, um direito que não nasceu do discurso desenvolvido no processo democrático, mas no discurso judicial. Como explica o próprio Habermas, “Na medida em que um tribunal constitucional adota a doutrina da ordem de valores e a toma como base de sua prática de decisão, cresce o perigo dos juízos

⁷⁹⁶ Idem, p. 316-317.

⁷⁹⁷ Idem, p. 321.

⁷⁹⁸ Idem, p. 323.

irracionais, porque, neste caso, os argumentos funcionalistas prevalecem sobre os normativos.”⁷⁹⁹

É fundamental destacar que por trás da afirmação de que cabe à jurisdição constitucional interpretar as normas constitucionais em sentido deontológico, sob pena de interferência na esfera de competência legislativa e, portanto, sob pena proferir decisões carentes de legitimidade democrática, Habermas apoia-se a na distinção elaborada por Klaus Günther entre discurso de fundamentação e discurso de aplicação⁸⁰⁰. De acordo com Günther, cabe ao Poder Legislativo decidir com base em discursos de fundamentação, aqueles que se desenvolvem com suporte em razões éticas, morais ou pragmáticas a fim de conferir validade para as normas. Já ao Poder Judiciário reservam-se os discursos de aplicação, que se referem apenas à adequação da norma ao caso concreto⁸⁰¹. Nos discursos de adequação, o juiz fundamenta a decisão que aplica um direito legítimo sem questionar a sua validade, como se tal direito fosse para o caso concreto em questão a “chave única que poderá abrir uma porta.”⁸⁰² Portanto, enquanto os discursos de fundamentação são realizados por um procedimento democrático que visam à definição dos valores que integraram a ordem jurídica, o discurso de adequação restringe-se a aplicar àquela norma jurídica descrita pelo processo democrático a fim de dar a melhor solução para o caso concreto.

Tal distinção é de extrema relevância para a compreensão dos contornos conferidos por Habermas à jurisdição constitucional no paradigma procedimental de um Estado Democrático de Direito, pois, para Habermas, as interpretações construtivas estão submetidas ao controle de racionalidade do discurso de aplicação realizado no âmbito judicial. Assim, a jurisdição constitucional deve aplicar normas válidas⁸⁰³. Quando se compreendem os direitos como valores, é necessário um discurso de fundamentação que não é adequado à atividade judicial, cabendo perfeitamente ao exercício do processo legislativo. Os tribunais devem decidir mobilizando o sistema normativo dado pelo legislador a fim de buscar a decisão

⁷⁹⁹ Idem, p. 322.

⁸⁰⁰ Sobre os discursos de aplicação e fundamentação confira-se GÜNTHER, Klaus. **Teoria da Argumentação no Direito e na Moral**: justificação e aplicação. Tradução: Cláudio Moltz. São Paulo: Landy, 2004.

⁸⁰¹ Idem, p. 269-272.

⁸⁰² CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza. **Jurisdição Constitucional Democrática...**, p. 226.

⁸⁰³ **Democracia e Direito vol. I...**, p. 324.

correta para o caso particular, não podem, por conseguinte, a partir desses argumentos, fazer uma ponderação entre direitos válidos como se fossem valores a serem escolhidos pelo juiz através da duvidosa aplicação da proporcionalidade, sob pena de que seja configurada uma legislação implícita⁸⁰⁴.

Portanto, o primeiro passo dado por Habermas para definir a esfera de decisão legítima da jurisdição constitucional é circunscrever a sua legitimidade ao âmbito dos discursos de aplicação que operam o direito como normas em sentido deontológico, as quais devem ser aplicadas *prima facie* pelo juiz em busca da solução mais adequada para o caso concreto. Fora desses limites – isto é, ponderando o direito como valores e fundamento as decisões através de um discurso de fundamentação – a jurisdição constitucional não se encaixa na divisão de poderes do Estado Democrático de Direito que se orienta pelo paradigma procedimental do direito.

No entanto, resta saber ainda qual é a função da jurisdição constitucional em um Estado Democrático de Direito. Deve a jurisdição constitucional zelar pelos procedimentos democráticos, garantido a abertura dos canais para a participação nesse processo, bem como a sua lisura e o respeito às minorias, como defende Ely, ou deve tutelar os valores substantivos realizando uma leitura moral dos valores inscritos na moralidade política da comunidade, como propõe Dworkin?

⁸⁰⁴ Idem, p. 325. Virgílio Afonso da Silva e Conrado Hübner Mendes relatam que a crítica de Habermas à jurisprudência dos valores adotada pelo Tribunal Constitucional Alemão e à teoria dos direitos fundamentais de Robert Alexy não fica sem resposta. Nesse sentido, lembram que Bernard Schlink explica que o Tribunal Constitucional Alemão denominou os direitos fundamentais de valores sem qualquer pretensão filosófica a fim de fundamentar a sua aplicabilidade nas relações privadas e aos casos de omissão estatal, destacando ainda que uma ordem concreta de valores nunca foi criada pelo Tribunal e que desde 1970 torna-se cada vez mais raro encontrar a referência a valores na jurisprudência daquele tribunal, de modo que as preocupações de Habermas não passariam de um mito. No que tange às críticas voltadas à Alexy, é o próprio autor que trata de rebatê-las. Primeiro, no que tange ao argumento habermansiano de que o sistema jurídico deve estar estruturado de acordo com um código binário de validade normativa, Alexy responde que as normas jurídicas estão divididas em duas linhas: regras e princípios. Somente as regras estão estruturadas a partir de código binário de validade, de modo que os princípios – que geralmente se referem à direitos fundamentais – , ao contrário do que defende Habermas, são aplicados de forma gradual. A segunda crítica de Habermas de que os princípios aplicados de forma gradual perderiam sua força vinculante, Alexy responde defendendo a existência de uma preferência *prima facie* dos direitos fundamentais individuais diante dos interesses coletivos, de modo que não há motivo para se preocupar com a perda de sua força vinculante (Habermas e a Jurisdição Constitucional. In: **Direito e Democracia. Um guia de leitura de Habermas**. NOBRE, Marcos; TERRA, Ricardo. (org). São Paulo: Malheiros, 2008, p. 219-220). Para uma compreensão aprofundada das respostas dadas por Alexy às críticas de Habermas, confira-se o posfácio da obra **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Tradução: Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 573 e ss.

Habermas faz o recorte da esfera de competência da jurisdição constitucional no paradigma procedimental com suporte na ideia vista acima de que, no paradigma procedimental, a legitimidade do direito não tem como ponto de apoio argumentos de origem metafísica, a moral compartilhada pela comunidade, as tradições ou ainda a simples legalidade do direito. O direito legítimo no paradigma procedimental é o direito que nasce de processos legislativos realizados em conexão com uma esfera pública forte e atuante, onde todos os cidadãos participam de forma livre e igual. Portanto, o direito legítimo é o direito positivado pelas vias democráticas institucionalizadas pela teoria do discurso. Somente com essa fórmula pode-se explicar a legitimidade pela legalidade.

Estabelecidas essas ressalvas, Habermas inicia lembrando que se se tem a pretensão de preservar o Estado Democrático de Direito e a capacidade de auto-organização da sociedade, a constituição deve ser compreendida como conjunto de procedimentos políticos fornecidos para que os cidadãos exerçam a sua autodeterminação, um conjunto de procedimentos que permitem aos cidadãos a construção de seus projetos de vida. A constituição não pode ser compreendida somente como um mecanismo de regulação da relação entre Estado e sociedade ou como um projeto global que predefine os contornos da sociedade. Em uma sociedade complexa e plural, a constituição deve possibilitar, através da disponibilização de procedimentos políticos, que os cidadãos possam decidir seus planos de vida de modo cooperativo. Em outras palavras, a constituição deve assegurar “Somente as condições processuais da gênese democráticas das leis que asseguram a legitimidade do direito.”⁸⁰⁵

Sendo assim, Habermas defende que existe um espaço muito bem definido para o exercício da jurisdição constitucional em Estados Democráticos de Direito orientado por um esquema de divisão de poderes: “o tribunal deve proteger o sistema de direitos que possibilita a autonomia pública e privada dos cidadãos”⁸⁰⁶. Ou seja, o tribunal deve garantir as condições para a gênese democrática do direito inscritas na constituição.

A ideia de que o esquema de separação de poderes comporta outra função para a jurisdição constitucional senão a proteção do cidadão contra os excessos do

⁸⁰⁵ **Democracia e Direito vol. I...**, p. 326.

⁸⁰⁶ *Idem*, p. 326.

Estado, isto é, a defesa da autonomia privada do cidadão, já não pode vingar, uma vez que para a gênese democrática do direito depende da articulação entre autonomia pública e privada. É preciso lembrar que a autonomia privada não é ameaçada apenas pelo Estado, a privação do direito de participação e de comunicação, isto é, as barreiras para o exercício da autonomia pública também configuram uma lesão para a autonomia privada. Por essa razão, afirma Habermas, “... o tribunal constitucional precisa examinar os conteúdos de normas controvertidas especialmente no contexto dos pressupostos comunicativos e condições procedimentais do processo de legislação democrático.”⁸⁰⁷

Assim, destaca Cittadino que para Habermas a função da jurisdição constitucional no paradigma procedimental do direito é ser guardião da democracia deliberativa, e não legisladora positiva ou negativa⁸⁰⁸. Dessa forma, a jurisdição constitucional, na ótica de Habermas, fica a meio caminho de uma perspectiva liberal, como a de Dworkin, e de uma perspectiva republicana, como a de Ely ou de Bruce Ackerman. Por um lado, Habermas, recusa as limitações à jurisdição constitucional impostas pelos liberais com fundamento em uma ética universal e, por outro, ao contrário do republicanismo, não deixa de reconhecer a exigência de algumas limitações para o processo democrático, as quais são definidas em prol do seu próprio sucesso.

Como anota Habermas, essa perspectiva sobre a intervenção legítima da jurisdição constitucional já se encontra assentada nos debates da doutrina norte-americana sobre o *judicial review*, no qual se destaca o trabalho de John Hart Ely ao colocar os direitos de participação para a formação da vontade democrática em um posto de destaque merecedor da tutela jurisdicional. Apesar de todos os elogios tecidos por Habermas a Ely, o filósofo alemão não deixa de mencionar um ponto fraco de sua teoria. Para Habermas, Ely está equivocado quando recusa a interpretação construtiva proposta por Dworkin; o que não faz sentido algum, uma vez que para a jurisdição constitucional zelar pelos procedimentos democráticos, deve pressupor a validade de princípios dotados de conteúdo normativo, afinal “O

⁸⁰⁷ Idem, p. 326.

⁸⁰⁸ **Pluralismo, Direito e Justiça Distributiva...**, p. 325-326.

próprio conceito de procedimentalismo democrático apóia-se num princípio de justiça, no sentido de igual respeito por todos.”⁸⁰⁹

Habermas não deixa de admitir, contudo, que assumir que a jurisdição constitucional deva operar de forma construtiva também não deve levar a defesa de uma jurisdição constitucional que opera com suporte em uma teoria substancialista dos direitos⁸¹⁰ como quer Dworkin. Não cabe à jurisdição constitucional fazer uma *leitura moral* da constituição, uma vez que os valores morais só são definidos de forma legítima no decorrer do processo democrático deliberativo. Por isso, pode-se afirmar que as concordâncias entre Habermas e Dworkin limitam-se à ideia de que as normas jurídicas expressam uma obrigação, pois Habermas recusa a legitimidade de uma interpretação pautada por princípios morais substantivos em sociedades complexas, bem como a compreensão monológica de que um juiz isoladamente pode alcançar a *resposta correta*.

Assim, que entre Ely e Dworkin, no que tange ao papel adequado da jurisdição constitucional em Estados Democráticos de Direito, Habermas inclina-se para o lado de Ely, especialmente, que o autor norte-americano rechaça a concepção paternalista do controle de constitucionalidade, a qual nutre uma desconfiança do legislador concebendo-o como incapaz de organizar uma sociedade livre e justa, razão pela qual estaria autorizado a realizar interpretações construtivas. Habermas concorda com o fato de que os discursos judiciais são dotados de racionalidade, configurando-se como discursos de aplicação especializados na verificação da adequabilidade das normas perante o caso concreto. É justamente por esse motivo que rechaça qualquer possibilidade de que no âmbito da jurisdição constitucional desenvolvam-se discursos de fundamentação orientados para a determinação de objetivos coletivos⁸¹¹.

Portanto, para Habermas a jurisdição constitucional deve utilizar de seus mecanismos, dentro do campo do discurso de aplicação, para garantir as condições *deliberativas para o processo democrático*, em que a *esfera pública formal* esteja aberta para receber a opinião e a vontade formada na sociedade civil na *esfera pública não institucionalizada*. Ou seja, a jurisdição constitucional não deve

⁸⁰⁹ **Democracia e Direito vol. I...**, p. 328.

⁸¹⁰ *Idem*, p. 329.

⁸¹¹ **Democracia e Direito vol. I...**, p. 329-330.

averiguar apenas a lisura do processo democrático de formação do direito, deve garantir que a abertura dos canais de deliberação pública e que a vontade e opinião manifestadas nas esferas públicas informais tenham impacto no processo democrático. Assim, cabe à jurisdição garantir a conexão entre a esfera pública formal e os círculos informais de deliberação política.

Trata-se de um passo a frente à teoria de Ely, que restringe a jurisdição constitucional à tutela de uma democracia meramente representativa, em que a sociedade civil não goza de grande expressão no processo de formação das leis. Habermas, ao contrário, encarrega a jurisdição constitucional de garantir a pulsação da sociedade civil e de seus círculos de formação da vontade e opinião. Desse modo, a jurisdição constitucional torna-se guardiã de uma democracia em formato deliberativo⁸¹², a qual impulsiona a formação da vontade legítima através de pressupostos comunicativos e procedimentos orientados para formular os melhores argumentos possíveis no bojo do processo democrático.

Ao defender que à jurisdição constitucional compete a guarda do processo democrático, é evidente a aproximação de Habermas da compreensão republicana de que a validade das normas jurídicas depende de um processo democrático fomentado por um forte e amplo debate público intersubjetivo. Contudo, no que tange aos argumentos republicanos em defesa da jurisdição constitucional como mecanismo da autonomia pública dos cidadãos que se realiza mediante o processo democrático, Habermas ressalva que, ao contrário do republicanismo de Bruce Ackerman, a jurisdição constitucional não deve estar apoiada em uma ideia de autonomia com fundamento em uma ética tradicional, de modo que sempre que o processo legislativo rompe com tal ética, a jurisdição constitucional estaria autorizada a intervir, tal como se estivesse instaurando um estado de exceção. A autonomia do indivíduo é preservada na medida em o próprio indivíduo pode exercer os direitos de participação que consagram sua autonomia pública e através dos quais ele próprio tutela a sua autonomia privada⁸¹³.

Finalmente, Habermas ressalta que o debate sobre a legitimidade, o papel e os limites da jurisdição constitucional não devem ficar circunscritos pelo duelo entre ativismo e autoconção judicial, uma vez que a constituição é concebida como um

⁸¹² Idem, p. 341.

⁸¹³ Idem, p. 345-346.

sistema de direitos capaz de garantir a co-originalidade entre autonomia pública e autonomia privada. Isto é, quando a constituição é vista como um projeto que possibilita que cada geração governe a si mesma com respeito aos valores mais fundamentais para a sua autonomia privada, espera-se que a jurisdição constitucional mantenha uma postura ativa em defesa do processo democrático deliberativo responsável pela formação da opinião e da vontade.

Porém, a jurisdição constitucional não pode ser concebida como “... um regente que entre no lugar de um sucessor menor de idade.”⁸¹⁴ Em uma *sociedade aberta dos intérpretes* da constituição, cabe à jurisdição constitucional apenas assegurar o desenvolvimento da política democrática deliberativa, jamais substituí-la ou julgá-la, sua função é preservá-la. Desse modo, a jurisdição constitucional deve garantir que as decisões públicas passem pelo filtro de um processo democrático deliberativo em que todos os cidadãos sejam tratados como livres e iguais e em que a esfera pública e as instituições estatais atuem de forma cooperativa.

2.5 Carlos Santiago Nino: a jurisdição constitucional como exceção à democracia deliberativa

Filósofo e jurista com grande notoriedade no mundo acadêmico hispânico e anglo-saxão, além de importante ator da restauração da democracia argentina, Carlos Santiago Nino desenvolveu brilhantes estudos sobre teoria do direito, direito constitucional e democracia. Dentre suas obras mais relevantes está *La Constitución de la Democracia Deliberativa*, obra póstuma que segue a linha do tradicional refinamento teórico de Nino e apresenta uma justificativa epistêmica para a democracia a partir de uma concepção liberal de sociedade que incorpora a dimensão social dos direitos fundamentais – perspectiva que ganha relevância especial para os países latino-americanos que tanto sofrem com a desigualdade e com a injustiça social.

Esse motivo, ao lado da definição peculiar de democracia deliberativa e da defesa do constitucionalismo como uma dinâmica complexa, são as principais razões que impedem esse capítulo de encerrar sem abordar a obra de Nino.

⁸¹⁴ Idem, p. 347.

Acredita-se que a obra de Nino fornece interessantíssimas interpretações e soluções para a definição do papel da jurisdição constitucional nos Estados Democráticos de Direito, especialmente, quando se parte, como se fez neste trabalho, de uma compreensão ampliada de democracia e da absorção de uma concepção de constituição como processo em permanente reconstrução pública. Portanto, neste momento, o objetivo é traçar os pontos da obra de Nino que dão sustentação ao modelo de jurisdição constitucional defendido pelo autor para as democracias constitucionais.

2.5.1 A tensão inerente nas democracias constitucionais

Nino inicia sua obra com a indicação de que, embora os governos pautados por uma democracia constitucional tenham se espalhado pelo mundo na segunda metade do séc. XX, a relação entre seus dois pilares, constitucionalismo e democracia, não é tranquila. Dependendo da forma como forem interpretados e combinados, o constitucionalismo pode levar à diminuição da realização dos ideais democráticos e a democracia pode colocar em risco as pretensões do constitucionalismo. Trata-se da tensão que se vem apontando desde o começo desse trabalho e sobre a qual os Estados Modernos vêm procurando se equilibrar.

Como explica Nino, essa tensão não é fácil de ser percebida, uma vez que não está claro o que é que faz da democracia e do constitucionalismo dois ideais de grande importância. No que tange à democracia, não se tem claro o que faz dela um regime de governo precioso e nem se sabe exatamente qual a origem de sua legitimidade, apesar de todos estarem de acordo com a ideia de que a democracia é um regime de governo legítimo. Por isso, o autor questiona qual é o verdadeiro valor da democracia? O que faz dela um regime de governo superior?

O valor da democracia pode ser compreendido de diversas formas e cada uma delas estabelecerá uma relação diferenciada com o constitucionalismo⁸¹⁵. A legitimidade da democracia pode ser compreendida por sua dimensão subjetiva e por sua dimensão objetiva. A legitimidade subjetiva da democracia reside na crença da população de que a democracia confere estabilidade ao governo e funcionalidade

⁸¹⁵ **La Constitución de la Democracia Deliberativa.** Tradução: Roberto P. Saba. Barcelona: Gedisa Editorial, 1997, p. 14.

ao sistema político, isto é, na crença de que existe uma justificativa moral para o governo democrático. Contudo, para Nino, a legitimidade relevante para a democracia é a objetiva, uma vez que a sua "... preocupação não se concentra nas crenças de que a comunidade tem acerca daquilo que justifica moralmente um regime político, e sim no que realmente faz com que este se encontre moralmente justificado."⁸¹⁶ Ou seja, não interessa o que leva a crença na legitimidade da democracia, mas o que de fato a torna legítima, quais os valores a fundamentam.

É importante compreender que saber o que de fato legitima a democracia não implica buscar as qualidades dos regimes democráticos em vigor. Assim, por exemplo, a democracia não é representação, separação de poderes e procedimentos eleitorais; esses são apenas meios institucionais para alcançar o seu valor. Nino quer desenhar uma concepção de democracia como um conceito normativo que orienta as práticas democráticas, que possa servir de parâmetro para a avaliação do valor das democracias reais e como guia para o seu incremento.

No entanto, Nino explica que qualquer instituição democrática possui uma teoria valorativa de democracia que a justifica. Não há como se saber quais são as instituições fundamentais para a democracia se não souber o que a fundamenta. A democracia é uma prática social que exige interpretação a partir de fins e valores, os quais podem variar. Por isso, é preciso estabelecer quais são esses fins e valores que se acredita serem mais adequados para justificar as práticas democráticas. Nesse processo interpretativo, algumas características da democracia são precárias e dispensáveis, outras serão fundamentais e deverão ser ampliadas⁸¹⁷.

Portanto, somente com um conceito normativo de democracia, que explique quais são os elementos essenciais da prática democrática, é que se pode dizer se um determinado desenho institucional está apto a assegurar a estabilidade das instituições e, assim, conferi-las de legitimidade subjetiva⁸¹⁸. Logo, a legitimidade da jurisdição constitucional, bem como a definição do seu papel em sociedades democráticas, só pode ser determinado mediante a avaliação de um conceito normativo de democracia que a justifique moralmente.

⁸¹⁶ Idem, p. 21-22.

⁸¹⁷ Contudo, a democracia como um conceito normativo não pode ser utópica. Um conceito normativo presta-se para avaliar as práticas democráticas. Assim, o conceito normativo não é posto como um objetivo incansável, mas como um parâmetro de avaliação e um guia para as práticas sociais. (Idem, p. 24).

⁸¹⁸ **La Constitución de la Democracia Deliberativa...**, p. 24.

Todavia, a relação entre democracia e constitucionalismo depende principalmente da interpretação que se dá a este último, cuja caracterização não se encontra bem definida, haja vista as variações na concepção de constitucionalismo existentes, por exemplo, nos Estados Unidos e na Inglaterra. No entanto, todas as concepções de constitucionalismo compartilham do mesmo núcleo central: a implementação de um *governo limitado*, a partir da qual o constitucionalismo pode assumir diversos significados.

Em um sentido “menos robusto”, um governo é constitucional quando o seu sistema jurídico está fundamentado em uma constituição que disciplina o exercício do poder, regulamenta a relação entre Estado e indivíduos e impõe limites à atividade legislativa. Nesse sentido, a Constituição não precisa ser escrita, como é o caso da Inglaterra, e não está atrelada a conteúdos substantivos, podendo servir de instrumento de governo para regimes ditatoriais como os que se passaram na América Latina⁸¹⁹.

Em um sentido “mais robusto”, o constitucionalismo exige que a constituição vá além do estabelecimento de normas de organização do poder e da limitação dos processos legislativos, determinando, principalmente, os procedimentos e os conteúdos das leis que regem as relações públicas. Essas exigências de um constitucionalismo “mais robusto” são responsáveis pela caracterização da democracia constitucional, que, por um lado, requer a realização de um *processo político participativo*, no qual todos os afetados pelas decisões políticas tenham as mesmas chances de expressar-se, e, por outro lado, defende a imposição de certas *limitações para o governo* que sirvam como proteção dos seus próprios fundamentos e também das minorias. Para Nino, essa tensão, que conjuga ideais que estão em aparente conflito, compõe uma “dinâmica libertária”⁸²⁰.

Todavia, o constitucionalismo democrático não se explica somente com a conexão entre direito e democracia, o respeito à constituição histórica e ao sistema jurídico que dela deriva são fundamentais para sua compreensão. Por isso, a definição do conceito de constitucionalismo democrático depende de uma análise profunda dos elementos constitucionais que possuem um forte vínculo com a

⁸¹⁹ Idem, p. 17.

⁸²⁰ Idem, p. 19.

democracia e com os direitos, quais sejam a *constituição histórica*, os processos democráticos e participativos e na proteção dos direitos individuais.

Nino verifica que a composição entre esses elementos em uma democracia constitucional provoca duas tensões dialéticas: *i)* entre a *constituição ideal dos direitos* (que reflete ideal normativo da democracia e dos direitos individuais) e a *constituição histórica* (que corresponde à constituição real as práticas desenvolvidas sobre o seu texto) e *ii)* entre a *democracia* e os *direitos individuais*⁸²¹.

O objetivo de Nino é apresentar uma combinação coerente entre direitos e democracia que justifique, da melhor maneira possível, as democracias constitucionais. Para tanto, o autor formulará uma concepção de democracia deliberativa, a qual servirá de guia normativo para a definição do papel da jurisdição constitucional nos Estados Democráticos de Direito.

2.5.2 Constituição histórica v. constituição ideal de direitos

Primeiramente, é preciso compreender o que é, qual é a finalidade e como se dá a tensão entre a *constituição histórica* e a *constituição ideal de direitos*, as quais incorporam a noção de constitucionalismo trabalhada por Nino e possuem influência diretamente no modo como o autor concebe a democracia deliberativa e a jurisdição constitucional.

Nino destaca que uma das exigências do constitucionalismo é a observância da *constituição histórica* – documento de fundação da nação que é interpretado ao longo de sua história –, mesmo quando ela seja uma barreira para o desenvolvimento democrático e não esteja absolutamente legitimada por este. Como explica Nino, frequentemente, acusa-se a *constituição histórica* de possuir uma *indeterminação interpretativa radical* e de ser *supérflua* para a tomada de decisões públicas. Diante dessas acusações, a questão que se coloca é: se a *constituição histórica* é indeterminada e/ou *supérflua*, como ela pode ser um contrapeso ao processo democrático? Isto é, como é que ela entra em conflito com os ideais

⁸²¹ Idem, p. 25-26.

democráticos? Ainda, o que legitima a exigência de sua observação em sociedades democráticas?⁸²²

Quanto à indeterminação radical da *constituição histórica*, é preciso compreender que ela decorre da tentativa de conceber a constituição como um texto fechado, apto a dar todas as respostas para as questões constitucionais de forma objetiva. No entanto, como o texto não é um objeto rígido e não dá conta de toda a realidade constitucional, Nino defende a sua conversão em proposições que sirvam de premissa para o raciocínio constitucional. Em virtude da complexidade desse processo de transformação do texto em proposições, Nino sugere que sejam seguidos cinco passos.

Primeiro, deve-se atribuir sentido ao texto jurídico, tarefa na qual, geralmente, utiliza-se ou o critério *subjetivista*, o qual se socorre da intenção do agente do ato linguístico, do autor do texto ou dos participantes da prática, ou o critério *objetivista*, que leva em conta as convenções interpretativas das expressões que formam o texto e são independentes da vontade de seu autor. Esses critérios resultam no embate já salientado por Ely entre *originalismo (ou intenção original)*, e *construtivismo (ou interpretação livre)*⁸²³. Assim, retomando as lições de Alf Ross, Nino explica que a diferença entre esses dois critérios é que enquanto os *subjetivistas* concedem maior relevância às circunstâncias do contexto no qual a norma foi editada, os *objetivistas* focam nas circunstâncias do contexto no qual o texto será aplicado⁸²⁴.

Escolhido um dos dois critérios, o segundo passo é a sua aplicação ao texto jurídico. Trata-se de um processo bastante difícil, uma vez que os textos, em especial os textos constitucionais de textura aberta, podem estar marcados pela vagueza ou ambiguidade⁸²⁵. Por isso, o terceiro passo é buscar uma solução para as vaguezas e ambiguidades do texto. Como o recurso à intenção do autor do texto ou às convenções linguísticas não auxilia na solução dessa problemática – já que a intenção do legislador pode ser compatível com os dois significados de uma palavra ambígua, a depender do modo como foi determinada, e que os costumes linguísticos podem não ser capazes de indicar com precisão o significado correto de um termo

⁸²² Idem, p. 30.

⁸²³ Idem, p. 32.

⁸²⁴ Idem, p. 34.

⁸²⁵ Idem, p. 35-37.

vago –, a transformação de textos em proposições recorre, inevitavelmente, a considerações valorativas⁸²⁶.

Determinado o sentido do texto, é preciso compreender quais são as consequências lógicas que se pode extrair das normas identificadas nos passos anteriores. O problema é que determinar as consequências lógicas de uma norma e, especialmente, de um conjunto de normas, requer operações lógicas complexas que vão além do uso do simbolismo formal. Como em outros casos de indeterminação, a solução de questões de ordem lógica requer a utilização de juízos de valor. A pretensão de solucioná-las com operações axiológicas neutras não é eficaz, já que a eleição entre duas ou mais normas contraditórias e o suprimento de uma lacuna, também exigem juízos valorativos. Até mesmo os critérios de interpretação utilizados para determinar as consequências lógicas mostram-se inconsistentes e lacunosos, dependendo de prévia valoração. Como exemplo, Nino cita os critérios interpretativos orientados à resolução de contradições de tempo, hierarquia e especialidade, indicando sua insuficiência como solução universal. Uma lei especial, por exemplo, pode ser prévia a uma lei geral, levando o critério da especialidade à inutilidade⁸²⁷.

O último passo é a subsunção da norma ao caso individual. Nesse momento é preciso verificar as consequências lógicas da interpretação do texto em face ao caso concreto. Para tanto, devem-se realizar operações empíricas que especifiquem as características do fato, o que exige o recurso a considerações normativas, as quais não podem ser extraídas do texto, mas apenas de concepções valorativas, uma vez que o próprio texto depende desses valores para tornar-se uma proposição justificada. A transformação de um texto em proposições através de metodologias neutras é impossível. Portanto, o processo interpretativo recorre, necessariamente, a juízos morais para se completar.

O método descrito por Nino para afastar a objeção da indeterminação radical leva à conclusão de que a *constituição histórica* não é um documento puramente descritivo, mas uma prática ou uma convenção fruto de ações, atitudes e expectativas dos juízes, legisladores, funcionários do governo e dos cidadãos em geral. Ou seja, a *constituição histórica* é muito mais do que um texto preso no

⁸²⁶ Idem, p. 37-38.

⁸²⁷ Idem, p. 40.

tempo, é uma resposta para a evolução do texto constitucional através dos tempos, o resultado de uma prática que se construiu mediante a interpretação dos textos em conexão com valores morais, permitindo que se deduzam proposições justificadas do próprio texto constitucional⁸²⁸.

Superada a dificuldade com a indeterminação radical, Nino passa a investigar as objeções levantadas contra uma possível superfluidade do texto constitucional, que esvaziaria de sentido a exigência de respeito à *constituição histórica*.

Como explica Nino, a *constituição histórica* só pode servir de fundamento de validade para outras regras do ordenamento jurídico quando ela própria é válida. Contudo, o seu fundamento de validade não decorre dela própria, mas de princípios básicos ou outros fundamentos supraconstitucionais. Assim, para justificar a obrigatoriedade da *constituição histórica* é preciso recorrer a considerações externas à prática constitucional, as quais devem possuir um caráter moral.

No entanto, estes princípios morais que dão validade à *constituição histórica* podem já estar incorporados nela própria. Nesse caso, a *constituição histórica* não daria uma contribuição própria para o sistema de direitos, pois os direitos que estabelece podem ser extraídos dos próprios princípios morais que a fundamentam. Assim, a *constituição histórica* como descrição da prática constitucional seria supérflua para qualquer tentativa de justificação⁸²⁹ de atos e decisões, que poderiam encontrar fundamento de validade diretamente nos princípios morais, dispensando a intermediação da *constituição histórica*.

Ou seja, por um lado, a constituição não é legítima e não serve de fundamento de validade para o ordenamento jurídico quando não possui um conteúdo fundamental, por outro lado, se possuir esse tal conteúdo, torna-se supérflua, já que o conteúdo que a justifica pode ser extraído diretamente dos princípios morais que a conformam.

Esses princípios morais fundamentais compõem então aquilo que se chama de *constituição ideal*, responsável pela proteção dos direitos e da democracia. Desse modo, perante a coincidência entre a *constituição histórica*, compreendida

⁸²⁸ Idem, p. 42.

⁸²⁹ Idem, p. 45.

como texto e prática social, e *constituição ideal*, a *constituição histórica* seria supérflua para gerar proposições normativas obrigatórias⁸³⁰.

Todavia, se a *constituição histórica* é a convenção mais básica que disciplina a vida em sociedade, ela desempenha, sim, um papel fundamental, pois serve de ponto de apoio e limite para o processo democrático. Nesse sentido, a *constituição histórica* possui um papel de extrema relevância e, consequentemente, afasta o argumento da superfluidade. Essa é a lição que decorre das palavras de Nino: “Uma constituição é relevante porque ela expressa uma convenção fundamental do país: um acordo no tempo entre diversos grupos sociais acerca de como o poder coercitivo do Estado será distribuído e quais são os limites a este poder.”⁸³¹

Como convenção fundamental da sociedade, a *constituição histórica* limita a democracia através do estabelecimento de procedimentos e limitações que restringem as possibilidades de discussão e decisão democrática, fornecendo, mesmo que de modo imperfeito, as próprias condições de possibilidade da democracia. Em outras palavras, as condições da democracia dadas pela *constituição histórica* coincidem com as suas próprias limitações constitucionais.

A compreensão da *constituição histórica* como uma convenção ou prática social fica mais clara se os atores do sistema jurídico – os legisladores, os constituintes e os juízes – forem vistos como membros envolvidos em uma ação coletiva que se desenvolve ao longo do tempo. Tal como se passa com a construção de uma grande catedral – que não é construída apenas por um arquiteto, mas diversos, sendo que cada um deles tem o dever de dar continuidade à construção incorporando conceitos estéticos que se conformem com os já empregados no passado e que não inviabilizem a continuidade de sua construção por arquitetos futuros, sob pena de construir uma catedral horrorosa – as práticas constitucionais demandam uma ação coletiva orientada por uma racionalidade específica⁸³². Utilizando-se da metáfora da catedral, pode-se afirmar que a *constituição histórica*

⁸³⁰ Idem, p. 46.

⁸³¹ Idem, p. 47.

⁸³² Idem, p. 52-53.

não é simplesmente dada, mas construída por práticas, instituições, hábitos, atitudes culturais e opiniões que caracterizam uma sociedade⁸³³.

Como esses operadores do direito constroem a *constituição histórica* sem conseguir controlar os aportes passados, presentes e futuros, influenciando apenas parcialmente na sua construção, suas ações devem seguir a racionalidade vigente. Assim, os juízes, por exemplo, devem considerar as expectativas criadas por decisões legislativas e judiciais do passado, mantendo uma harmonia com as decisões judiciais contemporâneas, elaborando-as de maneira que possam servir de precedente para os juízes futuros.

“A constituição histórica que é relevante para o raciocínio prático, não é um mero texto ou documento, mas constituída pela regularidade das condutas, atitudes e expectativas das sucessivas legislaturas, funcionários de governo e gerações de cidadãos geradas a partir da sanção daquele texto. Assim, a tarefa de transformar o texto em proposições justificatórias é auxiliada pelas opções tomadas por esse trabalho coletivo, e as indeterminações são muito mais restringidas do que se cada um de nós tivesse que se confrontar isoladamente com um texto nu.”⁸³⁴

No entanto, Nino adverte que sua teoria se distingue de um enfoque centrado nas tradições, como o proposto por Burke, do princípio da integridade formulado por Dworkin e de concepções comunitárias apresentadas por teóricos como McIntyre, porque “... está baseada no reconhecimento do fato de que as ações dos legisladores e dos juízes se desenvolvem em um contexto em que o trabalho coletivo está fora de seu controle.”⁸³⁵ O juiz e o legislador estão livres para interpretar o ordenamento jurídico, mas suas decisões devem a ele integrar com fundamentos constitucionais, contribuindo com a preservação e aprimoramento do ordenamento jurídico⁸³⁶.

⁸³³ Idem, p. 54.

⁸³⁴ Idem, p. 5.5

⁸³⁵ Idem, p. 56.

⁸³⁶ Ao contrário de Dworkin, a tese de Nino não exige que o juiz decida com fundamento nos princípios constitucionais consagrados pelas práticas jurídicas. Nesse sentido, explica que “Diferente dos enfoques anteriores, o que aqui se está expondo parte do reconhecimento do fato de que a ação dos legisladores e juízes se desenvolve em um contexto de uma obra coletiva cujos aportes restantes eles não controlam. Este enfoque é perfeitamente compatível com a conclusão de um juiz ou de um legislador de que o direito é esse momento vigente, começando pela sua Constituição, é tão sem valor que vale a pena o esforço de arriscar uma refundação, ou ainda justifica, se esse esforço fracassa ou é impossível, uma situação de anarquia ou de desagregação do ordenamento jurídico. O que simplesmente se leva em conta é a circunstância de que se essa saída não é uma alternativa válida, a decisão do juiz deve ser concebida como parte integral de uma certa ordem constitucional. Isto implica que a medida legislativa, judicial ou administrativa deva contribuir para preservar e para melhorar a ordem jurídica. **Isso não requer que a medida se justifique com base nos mesmos**

Portanto, para Nino, o verdadeiro valor da *constituição histórica* reside na possibilidade de ser reformada e aperfeiçoada, o que não significa negligenciar a sua preservação e suas práticas sociais, uma vez que uma decisão só se justifica moralmente se estiver devidamente fundamentada nelas. Por isso, Nino explica que o rompimento com a *constituição histórica* e suas práticas sociais só seria legítimo quando estas fossem tão nefastas que não se tenha esperança de corrigi-las ou aprimorá-las. Somente nesse caso uma decisão fundamentada apenas na *constituição ideal* se justifica⁸³⁷.

Contudo, a preservação da *constituição histórica* e suas práticas dependem de justificações internas dos seus atores. Nem o texto em si mesmo e nem a combinação de circunstâncias históricas possui valor epistêmico para determinar os seus princípios, os quais decorrem de procedimentos coerentes que respeitem a *constituição ideal dos direitos e da democracia*. A impossibilidade de se justificar de

princípios que permitem justificar todo o resto das contribuições à ordem jurídica que se pressupõem valiosas, dada a impossibilidade de outro ato fundacional". (grifou-se) (La Constitución como Convención. In: **Revista del Centro de Estudios Constitucionales nº. 6**, p. 209. Disponível em: <http://dialnet.unirioja.es/servlet/extaut?codigo=125395>. Acesso em: 17.set.2009). Mais adiante prossegue o autor: "As práticas sociais podem evoluir sem por isso se romperem. Dworkin mostra muito bem como o objetivo que dá sentido à prática pode mudar, o que pode determinar que em seguida também vão mudando as condutas e atitudes que constituem a prática. Essa evolução, que é compatível com a preservação da prática, não necessariamente implica, ao contrário do que Dworkin sustenta, que as decisões inovadoras devem ser realizadas de acordo com os princípios que devem justificar coerentemente as outras ações ou decisões que constituem a prática. É possível propor um princípio incompatível com boa parte das ações e decisões adotadas até o momento com o fundamento de que elas não captaram qual é a base justificatória da prática. Todavia, é certo que sem algum respeito por condutas e decisões precedentes constitutivas da prática, esta pode resultar fatalmente destruída. Essa tensão entre produzir uma evolução e a prática que faça progresso em direção a formas mais perfeitas de legitimidade e preservação da prática não pode ser resolvida segundo fórmulas exatas; requer prudência e uma boa dose de sorte (medida pelo grau de adesão relativamente unívoca que a nova orientação produza; as reações confusas e ambíguas, o ceticismo sobre a capacidade de contenção de comportamento imprevisível por parte dessa prática, são todos sinais de fracasso da tentativa audaz de reorientar a prática)". (La Constitución como Convención..., p. 213.)

⁸³⁷ **La Constitución de la Democracia Deliberativa...**, p. 57. Assim, explica Nino que "... se tem algum valor [a Constituição histórica] oferece oportunidades de aperfeiçoamento que não oferecem as utopias irrealizáveis. Se alguém construiu a primeira planta de uma catedral com um resultado não inteiramente desejável, ela [a constituição histórica] oferece a oportunidade para convergir esforços para melhorá-la, o que aconteceria se cada um começasse com sua planta preferida em diferentes lugares. O fato de um legislador ou de um juiz não poder ter aplicado a sua lei ou a sua sentença, senão o ordenamento jurídico que lhes dá autoridade, não implica em si mesmo uma restrição moral a suas decisões – já que o ordenamento jurídico pode ser tão mal que se justifique que se aproveite dessa oportunidade para destruí-lo—, porém, se chama a atenção para o fato de que sem a preservação desse ordenamento jurídico, provavelmente, futuras decisões deles sejam absolutamente ineficazes. Trata-se de reconhecer que se as únicas formas de tomar decisões moralmente justificadas é no contexto de práticas sociais existentes fundadas por uma constituição, é necessário preservar essa constituição e as práticas geradas por ela, salvo sejam tão ruins que não possam ser melhoradas e que a única decisão moralmente justificada é a que conduz a desconhecer a constituição ainda com o risco de não poder, com sucesso, conhecer outra". (La Constitución como Convención..., p. 210).

forma independente, reascenderia o argumento da superfluidade, já que a *constituição histórica* dependeria de outros valores. Porém, como a *constituição histórica* é uma convenção social básica e as decisões dos juízes e legisladores não se justificam de forma desconectada de seus preceitos, as decisões públicas devem ser estruturadas a partir de um raciocínio de dois níveis.

No primeiro nível do raciocínio, o processo democrático de tomada de decisões e o reconhecimento de direitos fundamentais, que são as razões que legitimam a prática social da *constituição histórica*, devem ser articulados. Importa aqui não apenas a legitimidade democrática do procedimento que institui a *constituição histórica*, mas como essa constituição reconhece os direitos fundamentais que são pré-requisitos para o próprio processo democrático.

Assim, os direitos fundamentais incorporados pela *constituição histórica* não podem ser justificados com limites essenciais à democracia, capazes de fortalecê-la à medida que retiram da esfera democrática conteúdos fundamentais. Por esse caminho, as limitações dos direitos fundamentais podem ser compreendidas como uma barreira para que o processo democrático se desenvolva da melhor forma possível, isto é, mediante procedimentos majoritários.

Os direitos fundamentais da *constituição histórica* devem ser justificados em razão de serem meios para preservar a possibilidade de as decisões democráticas serem frutos de arranjos majoritários diversos. Ou seja, por possibilitarem que as maiorias sejam compostas de forma aleatória. Os direitos fundamentais não devem ser apenas o escudo das minorias contra as maiorias, mas a garantia da vivacidade do próprio processo democrático, que não é o governo de um grupo determinado que detém a maioria das opiniões⁸³⁸, mas “... o maior número de mãos levantadas para a solução de certos problemas, sem considerar de quem são as mãos que se

⁸³⁸ A função democrática dos direitos fundamentais e sua importância para a manutenção dos regimes democráticos são destacadas por Stephen Holmes: Deve-se conceber um marco institucional e jurídico para manter aberta a gama de opções mais vasta possível com o objetivo de tomar novas e melhores decisões. (...) Só um pré-compromisso bastante inflexível a certas regras de procedimento (que garantisse, por exemplo, o direito permanente de discordar impunemente) faz possível o aprendizado público. A democracia constitucional é o sistema político mais humano porque se enriquece com a capacidade de indivíduos e comunidades para reconhecer seus próprios erros. Embora terem proibido pré-compromissos que impedissem toda a nova aprendizagem, Locke, Kant e outros aprovaram as regras constitucionais duradouras, ainda que não inalteráveis. Assim fizeram porque reconheciam que tais regras poderiam fomentar um aprendizado futuro. Os mortos não devem governar os vivos, porém podem facilitar que os vivos se autogovernem.” (El precompromiso y la paradoja de la democracia..., p. 261-262).

levantam e como se combinam os votos quando elas se reúnem em assuntos que envolvem diferentes circunstâncias.”⁸³⁹

No segundo nível, a *constituição histórica* é um meio de justificar ações e decisões. Somente são válidas as razões compatíveis com a preservação da *constituição histórica*. Os princípios morais da *constituição ideal* são relevantes para justificar a *constituição histórica* neste segundo nível apenas se estiverem presente no primeiro nível do raciocínio. Assim, por exemplo, princípios morais da *constituição ideal* sobre direitos humanos e procedimentos democráticos podem ser utilizados para resolução de indeterminações da *constituição histórica*, viabilizando o aprimoramento e a evolução da sua legitimidade democrática porque estão presentes no primeiro nível do raciocínio⁸⁴⁰.

Portanto, as decisões e as ações não podem ser justificadas somente por uma *constituição ideal*, mas também devem ser justificadas de maneira compatível com a *constituição histórica* a fim de preservar as práticas que são as melhores possíveis perante a *constituição ideal*. Dessa maneira, a *constituição ideal* é uma meta a ser alcançada pelas práticas fundamentadas na *constituição histórica*, cujas

⁸³⁹ **La Constitución de la Democracia Deliberativa...**, p. 60.

⁸⁴⁰ Novamente, Nino cuida de distinguir sua tese da de Dworkin. Conforme relata, o autor norte-americano busca restringir a variedade de interpretações jurídicas argumentando que os princípios empregados por decisões passadas influenciam as decisões das indeterminações. Nino, no entanto, acredita que embora as decisões passadas possam ser utilizadas para resolver as indeterminações e, assim, fortalecer as práticas existentes, a solução dessas controvérsias se dá de uma forma melhor se feita conforme os direitos e os procedimentos democráticos válidos, uma vez que por essa via confere-se maior legitimidade à *constituição histórica* e fortalece-se à *constituição ideal*. (Idem, p. 61). A distinção de Dworkin e Nino é bem explicada pelo autor na seguinte passagem: “... é obvio que os princípios e procedimentos válidos são relevantes em um segundo nível de raciocínio jurídico justificatório para decidir as inevitáveis indeterminações que uma constituição concebida como prática ou convenção ainda apresenta. Essas indeterminações permitem, na realidade, um enriquecimento e uma evolução da prática constitucional para formas mais aceitáveis de legitimidade sem risco de ruptura, já que são situações em que é possível buscar soluções axiologicamente preferíveis sem enfrentar inconsistências com implicações práticas. Aqui também há uma diferença *substancial* com o enfoque de Dworkin: ele pretende minimizar as margens de opção da interpretação jurídica adotando um enfoque segundo o qual as decisões passadas não só determinam as soluções que elas explicitamente adotam, como tem um peso gravitacional excedente sobre casos não explicitamente solucionados, já que esses casos devem ser resolvidos de acordo com os princípios que permitam justificar também as decisões passadas. Isso permite a Dworkin sustentar que não há uma diferença incisiva entre os casos resolvidos pelo direito e os não resolvidos. Creio que aqui também vale aludir a tensão entre preservação e evolução da prática: é certo que fortalece a prática existente sobre certo problema específico estender o peso gravitacional de decisões passadas para solucionar sobre a base do mesmo padrão aplicado a casos não explicitamente decididos, porém poderia aproximar a prática de formas mais perfeitas de legitimidade declarando que há uma lacuna e resolvendo-a de acordo com os princípios e procedimento moralmente válidos; isto até poderia fortalecer a prática em seu conjunto e eliminar uma fonte de tensão com exigências de justiça, que poderia levar a minar a legitimidade subjetiva que a sustenta. Tampouco aqui, em que se trata de marcar os limites externos a práticas existentes com o propósito de obter uma extensão, há fórmulas precisas.” (La Constitución como Convención ..., p. 213-214).

práticas tornam-se a terceira dimensão do constitucionalismo – ao lado dos direitos individuais e dos procedimentos democráticos – sempre que esteja comprometida com a realização dos ideais constitucionais.

“A prática que é parte de uma constituição histórica tem uma configuração do tipo de um ‘telhado’, dado que é necessário, em primeiro lugar, buscar apoio em decisões e ações prévias para justificar outras decisões e ações. Ao tomar uma decisão dentro do marco da prática constitucional, é então necessário tentar satisfazer os princípios da constituição ideal. Esse esforço, por sua vez, ajuda a preservar e a aperfeiçoar a prática em sua totalidade.”⁸⁴¹

Em síntese, a justificação das decisões públicas deve-se dar em dois passos: com fundamento em razões morais insertas na *constituição ideal* e conforme a prática constitucional da *constituição histórica*. Isso revela que a obrigatoriedade dos direitos da *constituição histórica* não decorre apenas da sua positivação, mas das razões morais que os justificam⁸⁴². Logo, se os direitos constitucionais possuem uma fundamentação moral, quando se recorre a direitos constitucionais para fundamentar uma decisão, recorre-se, em última análise, a direitos morais.

Tendo em vista a relação de justificação que se estabelece entre os direitos constitucionais e os direitos morais, Nino indica os três princípios morais que funcionam como pressupostos para a discussão moral que determina os direitos positivados na *constituição histórica* e que lhes dão justificação. Trata-se dos princípios da autonomia, da inviolabilidade e da dignidade da pessoa⁸⁴³.

O *princípio da autonomia da pessoa* proíbe interferências externas na determinação dos ideais pessoais, garantindo a liberdade fundamental para que o indivíduo realize seus ideais e planos de vida. A discussão pública não tem valor epistêmico algum na definição dos ideais pessoais, os quais derivam, necessariamente, de uma reflexão individual. Assim, violam a autonomia as decisões públicas que impõem ideais e planos de vida perfeccionistas. A garantia do

⁸⁴¹ **La Constitución de la Democracia Deliberativa...**, p. 297.

⁸⁴² Em regra, uma constituição histórica possui *direitos de liberdades*, que implicam ausência de uma proibição e não podem por si só promover nenhuma proteção; *direitos autorizações*, que são gerados por normas permissivas; *direitos privilégios*, que se referem às obrigações ativas ou passivas de outras pessoas pertencentes a uma classe específica ou universal; *direitos ações*, que possibilitam a invocação do direito de ação em face de algum órgão para fazer cumprir obrigações; *direitos competências*, que dão competência para editar normas que alterarem a relação jurídica de outras pessoas; *direitos imunidades*, que indicam a ausência de competência para alterar a situação jurídica do titular de direitos (Idem, p. 71-72).

⁸⁴³ Idem, p. 73.

princípio da autonomia dá-se pelos direitos individuais que dele mesmo decorrem para proteger “... a vida psicobiológica, a integridade corporal e psicológica, a liberdade de movimentos, a liberdade de expressão, acesso a recursos materiais, a liberdade de associação, liberdade de trabalho, a possibilidade de ter tempo livre e a liberdade de práticas religiosas”⁸⁴⁴.

O *princípio da inviolabilidade da pessoa* tem a função de limitar a autonomia individual. Isto é, proíbe que se diminua a autonomia de uma pessoa para aumentar a autonomia de outras. Assim, a inviolabilidade proíbe decisões de natureza holista, ou seja, decisões que permitem a compensação dos benefícios e dos danos, distribuindo-os entre as pessoas. Por conseguinte, o princípio da inviolabilidade proíbe qualquer decisão que restrinja a autonomia, mesmo que seja em prol do incremento da autonomia de outras pessoas⁸⁴⁵.

Finalmente, o *princípio da dignidade da pessoa* é um limite aos dois princípios anteriores. Não se pode admitir que a garantia de autonomia e a inviolabilidade de uma pessoa restrinjam a autonomia e a inviolabilidade de outras, exceto quando há autorização dos indivíduos afetados. Por isso, o princípio da dignidade exige que os direitos dos indivíduos deem fundamento a suas responsabilidades, formando um processo dinâmico de garantia dos direitos. Dessa forma, um indivíduo que comete um crime pode ter sua autonomia diminuída por uma punição que vise garantir à autonomia da sociedade, uma vez que esse indivíduo assumiu a responsabilidade de ser punido quando cometeu o delito. Com essa formulação do princípio da dignidade da pessoa afasta-se o determinismo normativo, que justifica as ações humanas com base em fatores biológicos, psicológicos e socioeconômicos, de modo que as ações humanas não poderiam ser fonte de responsabilidade, deveres e direitos.

Esses três princípios são os fundamentos a partir dos quais se erguem os direitos individuais que definem a dimensão ideal substantiva da constituição complexa, isto é, que dão sustentação à dimensão dos direitos da *constituição ideal*. O princípio da autonomia pessoal especifica quais são os bens que devem ser tutelados e, conseqüentemente, o conteúdo dos direitos que os tutelam. O princípio da inviolabilidade justifica os direitos individuais e protege-os diante de demandas de

⁸⁴⁴ Idem, p. 77.

⁸⁴⁵ Idem, p. 78-89.

outros indivíduos ou da sociedade. Por fim, a dignidade da pessoa faz com que os indivíduos assumam as suas responsabilidades e obrigações em face dos direitos que lhe são conferidos. Com a reunião desses três princípios, Nino define uma concepção liberal de sociedade que repudia o perfeccionismo, o holismo e o determinismo normativo⁸⁴⁶.

Apresentados os princípios morais que justificam os direitos da *constituição ideal* liberal, Nino destaca a necessidade de algumas correções no que se refere a suas interpretações.

O autor inicia lembrando que a autonomia é vista pelo liberalismo sob o prisma negativo e formal, isto é, a autonomia presta-se à proteção da esfera de liberdade do indivíduo garantindo-lhe que o Estado se mantenha omissivo, inerte, e não restrinja a esfera de liberdade necessária para o exercício de sua autonomia. Ainda, a interpretação liberal de autonomia não comportaria as demandas por igualdade e justiça social, uma vez que defende que liberdade e igualdade possuem estruturas diferentes. A liberdade seria um valor absoluto, ou seja, não dependeria da realização de outros valores. Por outro lado, a igualdade depende da satisfação de algum outro valor, pois a igualdade em si mesma não é valiosa, (*não é valioso ser igual nas condições de escravidão*)⁸⁴⁷.

Contudo, Nino lembra que desde Kant a Mill, o liberalismo está cada vez mais dando importância ao valor da igualdade, sendo possível questionar se de fato a realização da liberdade implica exclusão da igualdade e vice-versa. Diante dessa suposta tensão, Nino defende que é possível combinar liberdade e igualdade mediante a distribuição igualitária de liberdade. Mas, liberdade e igualdade poderiam ser combinadas também com recurso a outro valor, assim, um povo poderia ser igualmente livre em razão da satisfação igualitária de suas necessidades⁸⁴⁸.

Nesse sentido, Nino pergunta se os direitos liberais não dependem também de postura ativa do Estado para estarem devidamente protegidos. Ou seja, se a

⁸⁴⁶ Idem, p. 82.

⁸⁴⁷ Idem, p. 88.

⁸⁴⁸ Nino destaca a importância da definição de um conceito de necessidades básicas em uma concepção liberal de sociedade. Em síntese, defende que tal concepção provém às condições para o exercício da autonomia, ou seja, devem garantir que todos os indivíduos tenham iguais condições para alcançar a auto-realização dos seus ideais e planos de vida. Sobre essa questão, confira-se NINO, Carlos Santiago. Autonomia e Necessidades Básicas. In: **DOXA. Cuadernos de Filosofía del Derecho** nº. 7, 1990. Disponível em: <http://www.cervantesvirtual.com/porta/DOXA/cuadernos.shtml> Acesso em: 15.set.2009.

proteção da autonomia não requer uma ação por Estado. Assim, questiona, se os direitos liberais como vida, integridade física e propriedade, instituídos pelo princípio da autonomia, não são violados pelo não suprimento das necessidades básicas; se não há lesão à vida e à integridade física quando o povo passa fome, não possui assistência médica ou não possui recursos para realizar seus próprios planos de vida⁸⁴⁹; se um cidadão debilitado possui autonomia.

O liberalismo argumenta que nesses casos não há violação de direitos, pois a vida e a integridade física são colocadas em risco por razões de ordem natural ou por um comportamento involuntário do ser humano. Quando o Estado se omite e não provê adequado atendimento médico não há uma lesão à integridade, já quando um funcionário público promove a tortura, a integridade resta gravemente violada. Nino, pergunta então por que as omissões, que provocam consequências tão graves para os direitos liberais quanto às ações, não são compreendidas como violações aos direitos humanos. Qual a relevância moral que justifica que as omissões sejam vistas apenas como condições desses resultados e não como causas?

Para o liberalismo, o que justifica que uma omissão não seja considerada violação para os direitos individuais é uma interpretação do princípio da inviolabilidade da pessoa que dispõe que ninguém pode ser sacrificado em nome da promoção da autonomia daqueles que não possuem recursos para satisfazer as suas necessidades. O raciocínio por trás dessa interpretação do princípio da inviolabilidade considera que não há razão para limitar a autonomia de um indivíduo em nome do incremento da autonomia de outros, uma vez que se nenhuma ação for tomada a autonomia dos menos favorecidos não se diminuirá, permanecerá, na pior das hipóteses, igual, enquanto a autonomia dos mais favorecidos sofrerá uma restrição⁸⁵⁰.

Contudo, para Nino essa interpretação da inviolabilidade é injustificável, sendo possível, com a recepção dos ideais igualitários, formular uma posição liberal que acolha a obrigação de atuar de maneira positiva.

Nino admite que a remoção do princípio de que não há obrigação de suprir as omissões pode fazer com que qualquer ação ou omissão produza resultados que

⁸⁴⁹ **La Constitución de la Democracia Deliberativa...**, p. 88-89.

⁸⁵⁰ *Idem*, p. 90.

violem direitos. Assim, qualquer coisa que se fizesse ou se deixasse de fazer poderia lesar a inviolabilidade da pessoa, pois um ato ou omissão geralmente reduz a autonomia de alguém para assegurar a de outra, de modo que o princípio da inviolabilidade seria constantemente violado e não serviria para limitar a autonomia. Consequentemente, o princípio da dignidade também desapareceria, já que este se presta a limitar a inviolabilidade, e a sociedade seria construída apenas sob o alicerce da autonomia, que isoladamente seria um princípio *agregativo*, incapaz de respeitar a separação e independência das pessoas, aproximando-se do utilitarismo⁸⁵¹.

Como esse seria um resultado indesejável, Nino propõe a reformulação do princípio de inviolabilidade da pessoa para que esse proíba somente as restrições que reduzam a autonomia de uma pessoa a um nível inferior ao das demais. Dessa forma, é legítima a restrição da autonomia de uma pessoa se dela resultar um aumento da autonomia de pessoas menos autônomas que ela. Assim, as diferenças entre o grau de autonomia das pessoas podem ser justificadas se o aumento da autonomia de alguns servir para incrementar a autonomia dos menos autônomos ou não tiver nenhum efeito sobre a autonomia destes.

Por essa via, Nino formula um princípio da inviolabilidade pela perspectiva liberal-igualitária que concebe a igualdade como não *exploração*, pois o aumento da autonomia é ilegítimo quando se realiza a custo de uma menor autonomia de outras pessoas⁸⁵². Consequentemente, a inviolabilidade tende a gerar uma *nivelação*, isto é, a exigir que todos sejam iguais no que se refere ao grau de autonomia e de bens e recursos relevantes. Assim, a inviolabilidade das pessoas só é afetada por atos ou omissões quando a redução de sua autonomia resulte em uma autonomia menor do que aquela que foi incrementada. Obtém-se, assim, uma nivelação da autonomia das pessoas⁸⁵³.

É importante anotar, entretanto, que a combinação de igualdade e liberdade dada por essa interpretação do princípio da inviolabilidade não elimina

⁸⁵¹ Idem, p. 91.

⁸⁵² Idem, p. 91-92.

⁸⁵³ Nino observa que ideia de igualdade como niveladora tem uma validade independentemente de ser aplicada às condições relativas à participação no processo democrático de discussão e de tomada de decisões. A justificação da democracia requer igual participação daqueles afetados pelas decisões para maximizar a qualidade epistêmica do processo. Isto demanda uma voz igual e um voto igual como também todas as pré-condições para que esta igualdade seja substantiva e não meramente formal (Idem, p. 93).

absolutamente as tensões entre estes dois valores. É possível que um excesso de obrigações positivas para promoção da autonomia dos menos autônomos impeça totalmente que os indivíduos desenvolvam autonomamente os seus planos de vida.

Com a adoção da perspectiva liberal-igualitária, Nino concede fundamento moral para os direitos sociais, que passam a ser compreendidos como complementos aos direitos liberais, ou, nas palavras do próprio autor, como “... uma extensão natural dos direitos individuais clássicos”. Portanto, o liberalismo-igualitário defendido por Nino não compreende os direitos individuais como direitos prioritários ou superiores aos direitos sociais e comprova que o constitucionalismo social não requer o abandono do constitucionalismo liberalismo clássico⁸⁵⁴.

Enfim, tanto os direitos individuais quanto os direitos sociais têm fundamento nos princípios da autonomia, da inviolabilidade e da dignidade da pessoa que orientam o discurso moral, formando um núcleo dinâmico que compõe a *constituição ideal dos direitos*, a qual serve como fundamento para as práticas sociais desenvolvidas a partir da *constituição histórica*.

2.5.3 Direitos v. democracia

Os princípios da autonomia, inviolabilidade e dignidade não são frutos do processo democrático, nascem das reflexões realizadas sobre os pressupostos da prática da discussão moral. Por isso, funcionam como limites ao processo democrático, invalidando as decisões coletivas que os ignoram. Assim, decisões coletivas que negam a inviolabilidade da pessoa ou a autonomia são imediatamente invalidadas pelos direitos que decorrem desses princípios morais fundamentais.

Esse contrapeso exercido pelos direitos constitucionais em uma democracia acarreta modificações no desenho institucional, influenciando, por exemplo, na existência de um controle judicial de constitucionalidade das decisões democráticas, na divisão de poderes, na representação e nos direitos das minorias. Tradicionalmente, o contrapeso que os direitos exercem sobre a democracia não chega ao ponto de diminuir a amplitude da esfera de decisão democrática. Apenas os direitos liberais têm restringindo o processo democrático, enquanto a esfera

⁸⁵⁴ **La Constitución de la Democracia Deliberativa...**, p. 94.

democrática permanece livre para debater os direitos sociais. No entanto, a adoção da posição liberal-igualitária, que entende os direitos sociais como complementos dos direitos liberais, aumentaria as limitações morais da esfera democrática.

Diante dessa compreensão ampliada dos direitos fundamentais, é imprescindível estabelecer uma concepção de democracia. Não se trata de uma tarefa meramente especulativa, mas de uma exigência que implica consequências fundamentais para a determinação e compreensão do desenho institucional das democracias constitucionais, especificamente, para a definição do papel da jurisdição constitucional⁸⁵⁵.

Diante disso, como se justificam as democracias? Qual é o seu valor e sua importância? Conforme ensina Nino, as justificativas da democracia adotam dois enfoques radicalmente distintos que trabalham de formas opostas quanto à interação entre a esfera da moral e a esfera da política.

De um lado estão as teorias que defendem que política democrática não deve se envolver em assuntos de ordem moral ou tentar transformar o interesse das pessoas na direção de uma moral superior. São moralmente aceitáveis as decisões tomadas pelas pessoas de acordo com suas preferências. Essas teorias têm uma visão pessimista da natureza humana, por isso não têm esperança de transformar os interesses das pessoas, que sempre serão egoísticos. Nessa concepção, a democracia deve respeitar os direitos liberais que compõem o domínio da moral, pois essa é a única forma de assimilar as exigências do constitucionalismo. Dentre essas teorias estão o utilitarismo, a análise econômica de democracia, o elitismo, o pluralismo e o consensualismo.

De outro lado, encontram-se as teorias da democracia que trabalham dentro do domínio da moral. Para essas, a virtude da democracia está em sua capacidade de transformar os interesses das pessoas em questões mais altruístas e imparciais. Os resultados moralmente aceitáveis devem passar por um processo de moralização das preferências dos indivíduos. Aqui a natureza humana é vista com otimismo, tanto é que é possível modificar as preferências por meio de mecanismos sociais que estejam de acordo com certos valores. Para essas teorias, o constitucionalismo não atua como um contrapeso forte à democracia. Todas partem

⁸⁵⁵ Los fundamentos del control de constitucionalidad. In: **Revista del Centro de Estudios Constitucionales**, nº. 4, 1989, p. 85. Disponível em: <http://dialnet.unirioja.es/servlet/extaut?codigo=125395> Acesso em: 10.jun.2009.

da ideia de Rousseau de que o bem comum pode ser alcançado com a formação da vontade geral através da transformação da vontade de cada indivíduo. Nessa linha, estão as teorias da soberania popular, as teorias perfeccionistas e os enfoques dialógicos.

Para Nino ambas as correntes se equivocam. A democracia exercida fora do domínio moral não tem a pretensão de modificar os interesses individuais e mitigar a tensão entre procedimento e substância. Já as teorias que trabalham dentro do domínio da moral não funcionam como um contrapeso ao constitucionalismo e colocam em jogo as práticas constitucionais. Portanto, ambas não são capazes de justificar o processo democrático de uma democracia constitucional, por isso é preciso encontrar uma concepção de democracia que seja capaz de superar “... o paradoxo de superfluidade do governo [democrático], o reconhecimento dos direitos acima da democracia e a aceitação do valor de preservar a prática jurídica como contrapeso constitucional adicional sobre a democracia”⁸⁵⁶.

Para vencer essas objeções, Nino propõe uma concepção dialógica de democracia, em que as esferas da moral e da política estão interconectadas, transformando os interesses das pessoas de um modo moralmente aceitável e reconhecendo as dimensões do constitucionalismo como contrapeso ao seu funcionamento. De acordo, com Nino, submetida a certas condições, a democracia deliberativa é a forma de governo que possui maior valor epistêmico⁸⁵⁷, já que ela inclui ampla discussão pública e decisão majoritária, formas mais confiáveis para conhecer os princípios morais.

⁸⁵⁶ **La Constitución de la Democracia Deliberativa...**, p. 148.

⁸⁵⁷ Idem, p. 104. Conforme explica Rosenkrantz, tradicionalmente, a democracia se justifica por argumentos *consequentialistas*, que defendem que o valor da democracia em função dos seus resultados, ou por argumentos de *natureza intrínseca*, que defendem a democracia a partir de uma característica inerente ao regime democrático, como, por exemplo, o consentimento do povo. A justificativa *epistêmica* da democracia fica a meio caminho desses dois argumentos, “... é uma justificativa eminentemente procedimental, no sentido de que, de acordo com ela, a democracia se justifica por ser um procedimento operativo de tomada de decisões, um mecanismo apto a lograr uma maior aproximação de decisões moralmente corretas.” (La democracia: una crítica a su justificación epistêmica. In: **DOXA. Cuadernos de Filosofía del Derecho** nº. 10, 1991, p. 266. Disponível em: <http://www.cervantesvirtual.com/porta/DOXA/cuadernos.shtml>. Acesso em: 17.set.2009.). Embora a justificativa epistêmica possa ser um meio termo entre uma justificativa consequentialista e uma justificativa calcada na natureza intrínseca, acredita-se que não se trata de uma justificativa eminentemente procedimental, como se verá adiante Nino defende que o valor epistêmico da democracia varia de acordo com a implementação de direitos *a priori* no processo democrático, os quais não são, definitivamente, direitos procedimentais.

Para explicar sua teoria da democracia deliberativa, Nino recorre aos aportes fornecidos pelas teorias de Rawls e Habermas. Preliminarmente, adverte que tanto Habermas quanto Rawls aceitam que há pressupostos formais para o discurso moral, como a imparcialidade, que são fundamentais para dar validade aos princípios morais.

Porém, enquanto Rawls defende que a verdade moral é obtida pela satisfação dos pressupostos formais, como a imparcialidade e a racionalidade, inerentes ao raciocínio prático de qualquer indivíduo, Habermas entende que a verdade moral se constitui por um consenso, resultado da discussão moral que respeita a imparcialidade. Entre Rawls e Habermas, Nino sustenta que "... a verdade moral se constitui pela satisfação de pressupostos formais ou processuais de uma prática discursiva dirigida à obtenção de cooperação e a evitar conflitos."⁸⁵⁸.

Ainda, enquanto Rawls acredita que o conhecimento da verdade moral se alcança mediante a reflexão individual, sendo a discussão com outros membros da sociedade apenas auxiliar, Habermas, defende que a discussão coletiva é a única forma de alcançar a verdade moral, já que a reflexão individual é sempre distorcida pelo autointeresse e pela dificuldade de um indivíduo isoladamente enxergar o ponto de vista coletivo. Novamente, entre Rawls e Habermas, Nino defende que a discussão moral e a decisão intersubjetiva é o melhor procedimento para alcançar a verdade moral, uma vez que promove o intercâmbio de ideias e força a apresentação de justificativas coerentes para todos os participantes, aprimorando, assim, a imparcialidade da discussão. Contudo, a reflexão individual também possui seu valor, nada impede que alguém formule, individualmente, as soluções corretas, o problema é que esse procedimento é menos confiável em razão da dificuldade de um indivíduo representar os interesses de todos de forma imparcial⁸⁵⁹, sendo relevante para o âmbito da moralidade privada.

Portanto, para Nino, a verdade moral se constitui pela satisfação dos pressupostos formais ou processuais de uma prática discursiva coletiva dirigida a obter cooperação e a evitar conflitos. No entanto, nada impede que mediante a reflexão individual se chegue à verdade moral, o problema é que ela não estará

⁸⁵⁸ **La Constitución de la Democracia Deliberativa...**, p. 161.

⁸⁵⁹ Idem, Ibidem.

dotada de valor epistêmico suficiente para servir de padrão moral social. Nino denomina essa posição de *construtivismo epistemológico*⁸⁶⁰.

Perante essa premissa posta pelo construtivismo epistemológico, qual é procedimento democrático dotado de mais valor epistêmico? Isto é, qual seria o procedimento democrático com a maior chance de conhecer a verdade moral e produzir decisões imparciais?

Nino inicia explicando que geralmente, entende-se que as decisões unânimes equivalem-se a decisões imparciais. No entanto, como a unanimidade é praticamente inalcançável e as decisões democráticas dever ser tomadas em um curto espaço de tempo, o processo democrático se orienta pelo princípio majoritário, o qual possui um valor epistêmico para produzir decisões moralmente corretas.

Ou seja, a regra da maioria pode se aproximar mais da imparcialidade que outros procedimentos, razão pela qual suas chances de produzir decisões imparciais aumentam. Ademais, quanto mais pessoas participarem do processo de discussão maior é a probabilidade de que se obter uma decisão imparcial. Assim, a decisão tomada pela regra majoritária tem mais chances de estar correta moralmente que a decisão tomada por um pequeno grupo de indivíduos que não se comunica com todos os afetados pela decisão.

Todavia, a regra da maioria por si só não garante um valor epistêmico à democracia, uma vez que a sua aproximação à unanimidade não leva, necessariamente, a decisões imparciais. É preciso que todos os afetados pela decisão tenham a possibilidade de expressar os seus interesses. Não se pode confiar na capacidade de um indivíduo ou de um grupo de cidadão para desvendar

⁸⁶⁰ Sobre o construtivismo epistemológico, confira-se NINO, Carlos Santiago. Construtivismo epistemológico entre Rawls e Habermas. In: **DOXA. Cuadernos de Filosofía del Derecho nº. 5**, 1988. Disponível em: <http://www.cervantesvirtual.com/portal/DOXA/cuadernos.shtml>. Acesso em: 17.set.2009. Ainda, quanto à possibilidade do discurso moral alcançar a verdade moral na obra de Nino, Rosenkrantz faz observações esclarecedoras: "...para Nino a verdade moral se molda a partir do discurso moral. Porém, diferentemente de Habermas e de Ackerman, a quem Nino chama de 'construtivistas ontológicos'. **Nino rechaça a ideia de que o discurso moral seja, por definição, moralmente verdadeiro.** Nino define um juízo moral verdadeiro como aquele que seria proposto por um ideal plenamente racional que conhecesse todos os fatos e fosse absolutamente imparcial, presumindo que nem todo juízo afirmado unanimemente pela discussão moral vai ter como pressuposto este ideal. A razão que está por detrás deste distanciamento entre discurso e verdade moral é que **Nino crê que o discurso moral não é constitutivo da verdade moral, como creem os construtivistas ontológicos. Ao invés disso, o discurso moral tem um rol epistêmico no sentido de que só ajuda a descobrir quais são os princípios morais que vão a ser pressupostos pelo dito ideal.**" (grifou-se). (La democracia: una crítica a su justificación epistémica..., p. 264).

os interesses daqueles que estão excluídos da discussão e, ainda assim, tomarem decisões imparciais que respeitem os interesses silenciados.

Essa observação de Nino tem grande relevância para o âmbito judicial e para o desenvolvimento de mecanismos processuais voltados à produção de decisões imparciais. Nesse sentido, vale conferir as palavras do próprio autor:

“Inclusive a respeito da interpretação judicial, a discussão e a decisão democrática asseguram melhor os interesses de outras pessoas. Enquanto o juiz está sujeito a regras de designação e procedimentos desenhados para assegurar a sua imparcialidade, essa garantia de imparcialidade se aplica somente às partes envolvidas no processo judicial. A decisão não alcança outras pessoas que podem ser afetadas pelas decisões que o juiz está aplicando. Por isso essas decisões não deveriam ser obrigatórias para outros casos, a menos que sejam tomadas em um processo do qual possam participar todos os indivíduos afetados.”⁸⁶¹

Ainda, a decisão majoritária para ser imparcial deve ser precedida de uma discussão em que todos os participantes devem apresentar proposições válidas e justificá-las frente aos demais com argumentos coerentes que tenham pretensão de imparcialidade, isto é, que não estejam calcados no autointeresse. Esses limites contribuem para o progresso de uma discussão com imparcialidade quando se está perante indivíduos paralisados, indiferentes às soluções propostas ou simplesmente movidos pelo autointeresse⁸⁶².

Uma discussão pública de qualidade também é relevante porque possibilita que os indivíduos verifiquem erros fáticos e lógicos dos seus argumentos, uma vez que estes estarão submetidos a pontos de vista externos diversos que muito provavelmente estão mais aptos a detectarem incoerências do que a reflexão individual isolada⁸⁶³. Até mesmo os fatores emocionais, que são inevitáveis na discussão e que tradicionalmente são vistos como uma influência negativa na qualidade da discussão, possuem um lado relevante, à medida que impulsionam os indivíduos a participarem da discussão intersubjetiva apresentando os seus pontos de vista.

Ainda, como a democracia não funciona como grupos definidos, mas com posições que se formam mediante a discussão de cada questão em particular, a negociação pode auxiliar no desenvolvimento de um debate imparcial, por mais

⁸⁶¹ **La Constitución de la Democracia Deliberativa...**, p. 170.

⁸⁶² *Idem*, p. 171-173.

⁸⁶³ *Idem*, p. 175.

estranho que isso possa parecer. Contudo, deve-se estar atento para que a negociação não seja dominada por grupos que visam ao autointeresse⁸⁶⁴.

Todas essas exigências são de extrema importância para uma discussão democrática que visa à produção de decisões majoritárias imparciais. Assim, Nino resume as condições para que o processo democrático seja dotado de valor epistêmico, isto é, para que as discussões públicas e a decisão majoritária tenham maior probabilidade de detectar soluções moralmente corretas, quais sejam:

“... que todas as partes interessadas participem de uma base razoável de discussão e decisão; que participem de uma base razoável de igualdade e sem nenhuma coerção; que possam expressar seus interesses e justificá-los com argumentos genuínos; que o grupo tenha uma dimensão apropriada que maximize a probabilidade de um resultado correto; que não haja nenhuma minoria isolada, mas que a composição das maiorias e minorias façam trocas nos diferentes assuntos; que os indivíduos não se encontrem sujeitos a emoções extraordinárias.”⁸⁶⁵

No entanto, Nino defende que as condições do processo democrático só estarão preenchidas quando os indivíduos que interagem na discussão pública e formam a decisão majoritária estiverem dotados de direitos *a priori*; direitos que funcionam como pré-requisitos para o processo democrático e são responsáveis pela promoção do valor epistêmico da democracia, como os direitos de liberdade e os direitos políticos.

Ainda, como Nino assume uma posição liberal-igualitária, os direitos sociais também se tornam direitos *a priori* para o processo democrático. Assim, o direito de liberdade de expressão, por exemplo, exige não apenas a liberdade de expressar-se, mas também o acesso aos meios de comunicação. Da mesma forma, o direito à educação é fundamental para a garantia das condições de igualdade no processo democrático⁸⁶⁶.

⁸⁶⁴ Idem, p. 177.

⁸⁶⁵ Idem, p. 180.

⁸⁶⁶ Idem, p. 193. Conforme explica Rosenkrantz, Nino defende uma forma idealizada de democracia, que para alcançar seu valor epistêmico tem que garantir condições ideais de funcionamento. A idealização da democracia não é um descuido, mas uma forma de promover um ideal normativo para a avaliação e o incremento das democracias reais. Para Rosenkrantz, o problema desse ideal normativo proposto por Nino, é que nas democracias reais suas condições podem, talvez, serem melhor realizadas por outro regime de governo que não o democrático. (democracia: una crítica a su justificación epistémica..., p. 268). Nino responde que as principais exigências do seu ideal normativo de democracia são a discussão pública que integre todos os afetados pela decisão e a produção de uma decisão majoritária, o que afasta qualquer possibilidade de vislumbrar outro regime que não seja o democrático. (La democracia epistémica puesta a prueba, resposta a Rosenkrantz y Ródeas. In: **DOXA. Cuadernos de Filosofía del Derecho** nº. 10, 1991.

Contudo, a garantia plena de todas as condições para o processo democrático levaria ao esvaziamento da esfera democrática, tornando os direitos democráticos supérfluos, uma vez que tudo se resumiria aos direitos básicos, individuais e sociais, preconcebidos. Restaria à esfera democrática questões de pequena relevância moral. Por isso, Nino ressalva que é preciso obter um equilíbrio entre os pré-requisitos da democracia (*os direitos a priori*) e o seu processo democrático, entre a *constituição ideal dos direitos* e a *constituição ideal do poder*.

Assim, explica que não é preciso incrementar ao máximo os pré-requisitos da democracia para que seu procedimento seja vigoroso, caso contrário, o procedimento democrático perderia o seu valor epistêmico, que reside justamente em ser uma forma mais confiável para alcançar soluções morais. Por isso, afirma Nino que o valor epistêmico da democracia é “gradual”: “A falta de satisfação completa das condições *a priori* pode privar a democracia de algum grau de valor epistêmico, mesmo que não em sua totalidade.”⁸⁶⁷

Por essa razão, a democracia deliberativa busca um equilíbrio. Se os direitos *a priori* não são satisfeitos, o processo democrático torna-se epistemicamente fraco e inferior à reflexão individual. Assim, deve-se procurar meios de proteção desses direitos, mesmo que eles não sejam democráticos, e a reflexão individual torna-se epistemicamente superior. Porém, se a imperfeição na satisfação dos direitos *a priori* não chega a esvaziar o valor epistêmico do processo democrático, a ponto de torná-lo inferior à reflexão individual, deve-se confiar nesse processo e na possibilidade de que promova o aperfeiçoamento dos direitos em questão. Ou seja, deve-se confiar na possibilidade do processo democrático se autoaprimorar. Como explica Nino, assim, “a democracia, se realimenta, trabalhando a favor de suas precondições.”⁸⁶⁸

Portanto, deve-se reconhecer que a tensão entre direitos e processo na democracia deliberativa conduz a resultados bastante diferentes das demais concepções democráticas, que entendem que os direitos é que conferem valor à democracia, de modo que quando a democracia não reconhece os direitos ela falha e quando os reconhece torna-se inútil, pois já se sabe de antemão quais são esses

Disponível em: <http://www.cervantesvirtual.com/porta/DOXA/cuadernos.shtml>. Acesso em 17.set.2009).

⁸⁶⁷ La Constitución de la Democracia Deliberativa..., p. 194.

⁸⁶⁸ Idem, Ibidem.

direitos. Para Nino, o valor epistêmico da democracia está na confiança que nela se deposita para conhecer os direitos morais. Mesmo os direitos *a priori*, que são pré-condições para a democracia, são, em última instância resultado do seu procedimento.

Por isso, embora o conhecimento dos direitos morais seja o fim e o procedimento democrático o instrumento dotado de maior valor epistêmico para atingi-los, na prática, a prioridade se dá de maneira inversa, pois os direitos morais só são legítimos quando são resultados de um procedimento democrático legítimo. Ou seja, a prioridade é dada à democracia e não aos direitos, já que o seu valor epistêmico depende da determinação de direitos legítimos. Não se trata de defender a democracia em detrimento dos direitos, mas de perceber que o processo democrático possui grande valor epistêmico para definição dos direitos. Ao dar prioridade à democracia, não se pode criticar Nino por incorrer em um circularidade igual a de Habermas, quem defende que tanto o processo democrático é fundamental para a definição dos direitos quanto os direitos são indispensáveis para o bom funcionamento da democracia⁸⁶⁹.

Note-se, no entanto, que os procedimentos democráticos não irão alcançar a *constituição ideal de direitos* sem a interposição da *constituição histórica*. Quando o procedimento democrático descrito pela *constituição histórica* aproxima-se do procedimento descrito na *constituição ideal de poder*, a *constituição história* coincide com a *constituição ideal dos direitos*, já que a democracia encontra as condições ideais para o conhecimento dos direitos morais. Ou seja, a *constituição ideal dos direitos* depende da materialização e aprimoramento dos procedimentos democráticos inscritos na dimensão democrática da *constituição histórica*⁸⁷⁰.

Ainda, não se pode deixar de perceber que o processo democrático, mesmo aquele inscrito na *constituição ideal de poder*, entra em tensão com a prática constitucional. Trata-se de uma consequência inevitável da democracia que ocorre com o passar do tempo e com a modificação das expectativas dos indivíduos. Por isso, em que pese a relevância da preservação da prática constitucional, uma vez que essa se encontre enfraquecida pelo passar do tempo, acabará sendo rompida por decisões democráticas ou por interpretações judiciais. Essa não é uma

⁸⁶⁹ Tal crítica é feita por FERNANDES, Bianca Stamato. **Jurisdição constitucional**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, p. 231.

⁸⁷⁰ **La Constitución de la Democracia Deliberativa...**, p. 195.

consequência necessariamente negativa da democracia deliberativa; embora a tutela da prática constitucional seja uma exigência do constitucionalismo, a tensão entre as decisões democráticas e as práticas constitucionais devem ser capazes de acompanhar as mudanças dos interesses do grupo ao longo do tempo, sob pena de essas práticas constitucionais perderem a legitimidade e de a democracia tornar-se supérflua.

Por outro lado, a integração das decisões democráticas, tomada em momentos e lugares distintos, à prática constitucional é fundamental para a sua preservação, que precisa ser nutrida por decisões democráticas dotadas de valor epistêmico e orientadas pelos princípios morais. Deve-se lembrar que um princípio moral não decorre apenas de uma decisão democrática específica, mas de um conjunto de decisões tomadas em momentos e lugares próximos que podem servir de parâmetro de legitimidade para as futuras decisões. Portanto, a preservação da prática constitucional exige que as decisões do presente estejam fundamentadas em princípios morais que deem conta de um conjunto de decisões devidamente fundamentadas.

Em síntese, a democracia deliberativa relaciona-se com a moral e assume o compromisso de buscar modificar os interesses para torná-los moralmente aceitáveis. Tal objetivo é perseguido com suporte em um processo democrático orientado por discussões públicas e decisões majoritárias que observam determinadas condições para a obtenção de decisões imparciais. A realização dessas condições do processo democrático depende da garantia de direitos *a priori*, que em virtude da adoção da perspectiva liberal-igualitária, incluem não apenas os direitos individuais, como os direitos de liberdade e os direitos políticos, mas também incorpora os direitos sociais. A expansão dos direitos *a priori*, todavia, deve ser cautelosa, sob pena de tornar os direitos democráticos supérfluos.

Por isso, a democracia deliberativa defende que o equilíbrio adequado entre a realização do *processo democrático* e a garantia dos direitos *a priori* como o caminho que concede maior valor epistêmico para o processo democrático e, conseqüentemente, para as decisões dele se originam. Assim, a qualidade epistêmica das decisões democráticas – sua capacidade de produzir decisões moralmente corretas – varia conforme a satisfação das precondições ao processo democrático, quando elas são precárias, o seu valor epistêmico é tão irrelevante que

é preferível à reflexão individual.

2.5.4 A extensão da jurisdição constitucional da democracia deliberativa

Os direitos incertos na *constituição ideal dos direitos* podem se concretizar mediante a realização da *constituição ideal de poder* pela prática constitucional. Assim, concluiu-se que a democracia deliberativa é o melhor caminho para compreender e efetivar os direitos individuais. Essa fórmula parece não dar espaço à jurisdição constitucional, uma instituição que sofre de um flagrante déficit democrático e sustenta-se por um *elitismo epistemológico* que pressupõe que um pequeno grupo de indivíduos dotados de conhecimento intelectual está mais apto a tomar decisões imparciais do que a totalidade do povo em um processo democrático.

Contudo, Nino reconhece que perante a dificuldade de concretizar a *constituição ideal do poder*, ou seja, de levar a cabo um processo democrático perfeito, torna-se mais difícil a concretização da *constituição ideal dos direitos*, isto é, a garantia dos direitos fundamentais. Por isso, entende que não se pode excluir o controle judicial de constitucionalidade de imediato, devendo-se a investigar a sustentabilidade dos argumentos que fundamentam a jurisdição constitucional.

Inicialmente, Nino investiga o argumento de John Marshall de que o controle judicial de constitucionalidade é uma necessidade lógica do sistema democrático constitucional. Conforme explica Nino, a “lógica de Marshall” é sustentada por sete premissas: *i)* o Poder Judiciário deve aplicar a lei, *ii)* diante de duas leis contraditórias, a aplicação de uma exclui a de outra, *iii)* a constituição é a lei suprema e serve como parâmetro de validade para as outras leis, *vi)* assim, uma norma contrária à constituição é uma norma inválida, *v)* se a premissa anterior fosse falsa, o legislador poderia alterar a constituição livremente, *vi)* o legislador está limitado pela constituição e *vii)* uma norma é inválida, carece de força obrigatória, quando contrária à constituição. Conclusão: as leis contrárias à Constituição, não devem ser aplicadas pelo Poder Judiciário⁸⁷¹.

⁸⁷¹ Idem, p. 262.

Como salienta o autor, os constitucionalistas esforçam-se para conferir legitimidade à “lógica de Marshall”, contudo, se essa lógica fosse tão evidente não seriam necessários tantos esforços. Por isso, com suporte em Kelsen, Nino examina as premissas de Marshall para demonstrar que sua lógica não é tão lógica assim.

Para Kelsen a validade da lei está condicionada a sua existência. Só são válidas as leis existentes, isto é, que pertencem ao ordenamento jurídico e possuem força obrigatória. Assim, a lei que contraria a Constituição não é uma lei existente e não pertence ao sistema jurídico, pois não foi elaborada conforme as exigências das normas superiores.

Contudo, Kelsen reconhece que esse raciocínio não fecha, uma vez que as leis inconstitucionais, embora não pertençam ao ordenamento jurídico, possuem força obrigatória até que seja reconhecida a sua inconstitucionalidade. Assim, Kelsen reconhece que a validade está ligada à obrigatoriedade da lei e não ao seu pertencimento ao sistema jurídico. Por isso, uma norma obrigatória é válida, mesmo que não seja existente, isto é, mesmo que não pertença o sistema jurídico, até que seu vício seja reconhecido por uma decisão judicial.

Com suporte nesse raciocínio, Nino questiona a premissa *iv* da lógica de Marshall que estabelece que a supremacia da constituição invalida a lei sempre que esta for contrária à constituição. Nino observa que essa premissa de Marshall está calcada em uma interpretação de validade como pertencimento ao sistema. Porém, se a validade for interpretada conforme sugere Kelsen, ou seja, como força obrigatória, uma lei inconstitucional será válida até que se reconheça o seu vício. Assim, a premissa *iv* equivoca-se ao afirmar que uma lei que contraria a constituição não é válida. Ela é válida até que seja reconhecida a sua inconstitucionalidade. Consequentemente, a constituição não é capaz de limitar o Congresso, como supõe a premissa *v*, e a lei inconstitucional pode ser aplicada pelo Poder Judiciário até que seja reconhecida sua inconstitucionalidade.

Diante disso, Marshall poderia questionar que a possibilidade de uma lei inconstitucional ser válida e aplicável pelos juízes viola a supremacia da constituição e torna-a uma lei ordinária comum, sem força para limitar o governo. No entanto, Nino ressalva que essa argumentação fundamenta-se em um problema prático e não em um problema lógico. Porém, responde que, mesmo diante de uma constituição suprema, é impossível evitar que o Parlamento edite as leis que bem

entender. Assim, um sistema pode prever diversos mecanismos, que não apenas o controle judicial de constitucionalidade, destinados ao controle do Parlamento; como, por exemplo, o controle político, mecanismos de democracia direta e até mesmo institutos jurídicos que permitam ao cidadão desobedecer a uma lei inconstitucional. Portanto, a supremacia da constituição não depende do controle judicial de constitucionalidade como supõe Marshall.

Porém, se a jurisdição constitucional não é uma consequência da supremacia da constituição, uma segunda justificativa para sua existência pode ser dada pela *constituição ideal dos diretos*. Se o processo democrático está limitado pelos direitos individuais, a jurisdição constitucional seria o instrumento adequado de garantia desses direitos quando violados pela democracia, uma vez que se encontra fora do processo político democrático⁸⁷². Esse é a ideia utilizada por Dworkin quando defende que cabe à jurisdição constitucional decidir com fundamento em *princípios*, ficando reservada à esfera democrática as decisões sobre *políticas*. Ao processo democrático não cabe decidir sobre os *princípios*, pois esses se referem a direitos que não estão disponíveis à composição de interesses, ao contrário das questões de política, que são decididas a partir de uma composição de interesses democráticos.

Contudo, Nino não aceita que os direitos individuais sejam justificados como limites à democracia. Apesar de concordar com a ideia de que um direito individual não pode ser violado em nome do interesse da maioria, defende que isso não significa que esses direitos estejam completamente fora da arena democrática⁸⁷³. O argumento de que os direitos individuais não estão sujeitos a decisões majoritárias é um argumento de ordem fática ou moral, não tendo nenhum vínculo com uma concepção de direito imune à esfera pública. Ainda, a incorporação de direitos sociais na teoria dos direitos, faria com que o espaço reservado por Dworkin para as

⁸⁷² Idem, p. 270.

⁸⁷³ Essa afirmação de Nino é perfeita, pois os direitos individuais são passíveis de interpretação pela esfera democrática e não estão inteiramente retirados dela. Basta lembrar que no caso brasileiro, as cláusulas pétreas podem ser objeto de discussão e decisão democrática que visem a sua modificação, restando proibida apenas a sua supressão. A exposição dos direitos individuais à decisão democrática parece ser uma forma saudável de manter uma reflexão e reafirmação constante dos direitos fundamentais. No entanto, a interpretação feita por Nino à obra de Dworkin deve ser vista com cautela. Entende-se que Dworkin não retira os direitos individuais da esfera de decisão democrática ao defender que lhe cabem somente as questões políticas. Com a distinção entre *princípio* e *política* Dworkin quer enfatizar os limites de atuação da jurisdição constitucional e não excluir os direitos individuais da esfera democrática de discussão e decisão, a qual se encontra proibida de tomar decisões que violem esses direitos.

questões de política democrática desaparecesse, pois os direitos ocupariam todo o espaço da moral que não está disponível para as decisões majoritárias.

Outro argumento que poderia ser levantado a favor da jurisdição constitucional fundamenta-se na ideia de que quando os juízes declaram uma norma inconstitucional, estão prestando homenagem à soberania popular inscrita na *constituição histórica*. Esse argumento falha em dois pontos. Primeiro, muitas constituições foram sancionadas por uma pequena elite, não representando, portanto, a soberania popular. Segundo, mesmo nos casos em que sua promulgação foi amplamente legitimada, com o passar do tempo essa legitimidade se dispersa em razão das mudanças sociais que conduzem à transformação dos consensos. Perante esse segundo argumento, levanta-se a objeção de que uma constituição que permanece em vigor por muitos anos está legitimada por um consentimento tácito. De acordo com Nino essa objeção é bastante questionável, já que a dificuldade de mudar a constituição pode levar à existência de uma constituição que não está legitimada majoritariamente⁸⁷⁴.

Portanto, de acordo com Nino, uma teoria que poderia justificar a jurisdição constitucional parte do argumento de que a democracia possui pré-condições, de modo que quando se declara a inconstitucionalidade de uma lei, está-se, na verdade, protegendo essas pré-condições da democracia que possuem superioridade epistêmica. Insatisfeitas essas condições, a política democrática perde seu valor epistêmico, de modo que a jurisdição constitucional torna-se epistemicamente superior para promover as condições do processo democrático.

Assim, a jurisdição constitucional possui um papel residual, que só é legítima quando estiver voltada a garantir das condições mínimas que dão valor epistêmico à democracia. Não existe um limite fixo para o controle judicial de constitucionalidade, "... é uma questão de razoabilidade, de sentido comum"⁸⁷⁵. Entretanto, isso não exclui a importância de um guia, por isso, Nino delimita o campo de intervenção legítimo da jurisdição constitucional a três exceções postas a seguir.

A primeira possibilidade de atuação da jurisdição constitucional recai sobre as regras do *procedimento democrático* destinadas a ampliar ao máximo o valor epistêmico da democracia, ou seja, a torná-la um procedimento confiável. As regras

⁸⁷⁴ **La Constitución de la Democracia Deliberativa...**, p. . 271-273.

⁸⁷⁵ *La filosofía del control de constitucionalidad...*, p. 88.

de um processo democrático dotado de valor epistêmico devem *i)* incluir na discussão todos os possíveis afetados pela decisão; *ii)* garantir aos participantes da discussão liberdade para poder se expressar, *iii)* garantir que os participantes da discussão estejam em condições de igualdade, *iv)* garantir que as propostas apresentadas à discussão estejam devidamente justificadas, *v)* garantir que o debate não esteja dominado por interesses individuais, mas seja por princípios, *vii)* possibilitar que as posições majoritárias sejam formadas conforme o tema em debate, isto é, que não haja um grupo majoritário pré-definido e *viii)* garantir que as decisões democráticas estejam sempre abertas à revisão. Portanto, quanto mais o procedimento democrático realizar plenamente essas condições, mais ele será confiável para produção de leis que estabeleçam princípios morais⁸⁷⁶.

A proteção dessas regras não pode ser confiada ao próprio processo democrático. Isto porque não seria possível que o próprio processo democrático, que não atinge de forma ideal essas regras, corrija-as, uma vez que ele próprio partiria de condições imperfeitas. Por isso, caberia ao Poder Judiciário, uma instituição externa ao processo democrático, fiscalizar o seu adequado funcionamento. Ainda, como todos são capazes de fazer um juízo moral sobre as regras do procedimento democrático, um juiz, como qualquer cidadão, deve justificar sua decisão conforme os princípios morais para verificar se o processo democrático satisfaz as condições que lhe tornam confiável para identificar princípios morais⁸⁷⁷.

Desse modo, Nino sugere que o juiz incline-se a realizar um ativismo voltado a ampliação do processo democrático, exigindo mais participação, mais igualdade, mais liberdade e mais justificação das decisões democráticas. O objetivo desse controle é garantir as condições que dão ao processo democrático valor epistêmico.

Essas condições do processo democrático exigem a proteção da *constituição ideal de direitos*, ou seja, dos *direitos a priori*, aqueles que são condições para o processo democrático e que têm seu valor epistêmico justificado pelo fato de serem pressupostos à democracia. Por isso, cabe à jurisdição constitucional garantir que o próprio processo democrático respeite-os.

⁸⁷⁶ **La Constitución de la Democracia Deliberativa...**, p. 273.

⁸⁷⁷ *Idem*, p. 274-275.

O problema está em saber quais são os direitos *a priori*. Sabe-se que, por exemplo, a liberdade de expressão e os direitos políticos, são fundamentais para o processo democrático, contudo, existem outros direitos que são pressupostos à garantia desses direitos *a priori*, como o direito à proteção contra agressões e restrições políticas e o direito à liberdade de movimento.

Contudo, o problema aumenta quando se depara com os direitos sociais, considerados por Nino como extensão dos direitos de liberdade. O direito à educação é, sem dúvida, uma condição para a participação livre e igualitária no processo democrático. Porém, não é possível explicar por que os juízes estariam em melhores condições para decidir qual é a melhor política pública para a realização desses direitos⁸⁷⁸.

Para Nino, não existe uma fórmula que determine quais são os direitos *a priori*, o que se sabe é que a ausência de alguns direitos leva ao esvaziamento total do valor epistêmico da democracia. Uma pessoa sem acesso à educação ou um doente sem acesso ao atendimento médico está tão impedido de participar da discussão democrática quanto uma pessoa que não possui liberdade de expressão.

Por isso, a intervenção judicial na esfera de decisão democrática deve ser muito cuidadosa para não impedir que a própria democracia escolha a melhor solução para os problemas sociais. Caso a jurisdição constitucional decida intervir em todos os assuntos democráticos e, assim, construir um sistema democrático perfeito pelo prisma epistêmico, não restaria à democracia muitas questões a serem decididas. Assim, quanto mais se ampliam as condições do processo democrático, menor é o espaço de atuação da jurisdição constitucional.

Quando já existe um patamar mínimo de direitos *a priori* garantidos, o próprio sistema democrático corrige suas deficiências e aprimora as pré-condições para a democracia. No entanto, quando os direitos *a priori* não são garantidos minimamente, a tendência é que o processo democrático se enfraqueça cada vez mais, uma vez que as condições de participação estão tão debilitadas que impossibilitam a produção de decisões imparciais. Saber quando se está diante de um ou de outro caso é o grande desafio. Por isso, deve-se procurar saber se a ausência de certas condições para o processo democrático torna-o epistemicamente

⁸⁷⁸ Idem, p. 275.

inferior à reflexão individual. Se assim for, cabe à intervenção da jurisdição constitucional para melhorar as condições epistêmicas democracia.

A segunda exceção que autoriza a inferência legítima da jurisdição constitucional na esfera democrática é a tutela da *autonomia pessoal*. Como explica Nino, o valor epistêmico do processo democrático depende do que é considerado essencial à produção de decisões imparciais que tratem todos com igual respeito. Como já demonstrado, nem todos os aspectos da moral são essenciais para garantir o valor epistêmico do processo democrático. Nino diferencia duas dimensões da moral:

“Existe, por um lado, uma moralidade pública, intersubjetiva ou social, naqueles padrões que avaliam as ações por seus efeitos sobre terceiros. Por outro lado, existe uma moralidade privada, autorreferente ou pessoal, que consiste naqueles ideais de excelência pessoal ou virtude, que valoram as ações por seus efeitos sobre a vida ou o caráter de seus próprios agentes”⁸⁷⁹.

A autonomia pessoal faz parte da moralidade privada, que consiste na liberdade da pessoa para escolher os seus ideais e planos de vida. A autonomia pessoal não depende de uma decisão imparcial, de modo que é a reflexão individual, e não a decisão coletiva, a melhor alternativa para a sua tutela. Assim, é justificada a atuação judicial para invalidar leis perfeccionistas fundamentadas em um ideal de excelência humana.

Nino esclarece essa exceção com o exemplo de uma lei que criminaliza a posse de drogas, mesmo que para uso pessoal. Se o fundamento da lei é proteger terceiros, sua validade deve ser discutida pela esfera democrática, porém se o seu fundamento é garantir um ideal de excelência humana, essa lei poderia ser invalidade pela jurisdição constitucional.

Portanto, a jurisdição constitucional só está autorizada a invalidar uma lei que condene, por exemplo, o porte de drogas, o homossexualismo, o divórcio e o uso de contraceptivos, caso essa lei esteja fundada em um ideal particular de excelência humana. Caso seja reflexo da moral intersubjetiva da sociedade, deve ser discutida democraticamente. À *constituição ideal do poder*, portanto, cabem apenas as questões de moral intersubjetiva, enquanto a *constituição ideal dos*

⁸⁷⁹ Idem, p. 278.

direitos reconhece a autonomia como um direito *a priori*, que é condição para o processo democrático⁸⁸⁰.

A terceira possibilidade de interferência da jurisdição constitucional destina-se à proteção da *constituição como uma prática social*. Ao contrário das duas outras hipóteses que estão baseadas na garantia do valor epistêmico do processo democrático, essa terceira hipótese destina-se a garantir a eficácia das decisões democráticas epistemicamente valiosas que compõem a constituição histórica; que uma vez justificada à luz dos ideais da *constituição ideal dos direitos e da democracia*, torna-se a base de justificação para as ações individuais.

Nino recorda que em alguns casos a *constituição ideal* esta melhor garantida quando se respeita a *constituição histórica*, mesmo que essa não seja moralmente insatisfatória. Ou seja, às vezes o respeito à *constituição ideal dos direitos* não significa o seu cumprimento integral. Essa é a tensão que se coloca diante da jurisdição constitucional quando uma decisão democrática viola o texto da *constituição histórica*, embora o processo democrático tenha sido perfeito e respeitado as condições do constitucionalismo liberal, isto é, quando esteja de acordo com a *constituição ideal*.

Nesse caso, o que é colado em risco é o próprio Estado de Direito, pois uma vez violada a *constituição histórica*, as próprias decisões democráticas perdem sua força. Assim, a intervenção judicial para invalidar a lei é legítima porque se destina à garantia de eficácia das decisões democráticas, promovendo de uma forma mais adequada a *constituição ideal*.

Novamente, o exemplo fornecido por Nino, ajuda a esclarecer essa hipótese. Nino relata que em 1990 o presidente Menem concedeu indulto a militares acusados de violar os direitos humanos, violando a texto constitucional que proibia o indulto até que fossem declarados os culpados. Observe-se que o indulto não violou nenhum direito individual e que na época de sua concessão o presidente Menem, recém-eleito, gozava de ampla legitimidade democrática. Para Nino, esse tipo de decisão, enfraquece a *constituição histórica* e coloca em risco a vigência da

⁸⁸⁰ Idem, p. 279-280. STAMATO oferece uma crítica a esse aspecto da teoria de Nino: essa segunda exceção “parece apontar para uma supremacia dos direitos sobre o procedimento democrático, pois a decisão do legislador será afastada toda vez que for considerada perfeccionista” (*Jurisdição constitucional...*, p. 231). E já restou claro que Nino prioriza o procedimento democrático. Seria uma contradição?

constituição ideal, razão pela qual a jurisdição constitucional estaria autorizada a invalidar o ato⁸⁸¹.

Tendo em vista que esse tipo de decisão ignora o valor epistêmico de uma decisão democrática moralmente correta, a função da jurisdição constitucional é verificar o que é mais danoso: a violação da *constituição histórica* ou a declaração de inconstitucionalidade de uma lei fruto de um processo democrático dotado de valor epistêmico e que respeita a constituição ideal de direitos. Novamente, não há uma fórmula para a resposta dessa questão⁸⁸².

Por fim, Nino, verifica a adequação das três hipóteses levantadas aplicando-as a três famosos casos da jurisprudência norte-americana.

O primeiro caso citado é *Griswold vs. Connecticut*, em que se discutiu uma lei do Estado de Connecticut que penalizava o uso de contraceptivos por pessoas casadas⁸⁸³. De acordo com Nino, esta é uma típica lei perfeccionista, que viola a autonomia da pessoa ao impedi-las de traçar seus próprios planos de vida, impondo um ideal de comportamento humano. Ainda, leis perfeccionistas violam um direito *a priori* restringindo as condições do processo democrático, uma vez que indivíduos perdem a liberdade e a condição de igualdade, o que conduz a decisões menos imparciais. Por essa razão, a jurisdição constitucional estava autorizada a invalidar a lei.

O segundo caso lembrado por Nino é *Roe vs. Wade*, no qual se arguia a constitucionalidade de uma lei do Estado do Texas que proibia o aborto, salvo quando necessário para proteger a vida da mãe. A Suprema Corte declarou inconstitucional tal lei sob o argumento de que violava o direito à privacidade da mulher a proibição do aborto nos três primeiros meses de gestação. A questão

⁸⁸¹ **La Constitución de la Democracia Deliberativa...**, p. 281-282.

⁸⁸² Nesse sentido, Bianca Stamato critica a terceira exceção que autoriza o controle de constitucionalidade formulada por Nino: "... carece de um arcabouço teórico para fundamentação da possibilidade da ruptura constitucional, embora reconheça que ela pode ocorrer, o que configura um 'gap' na presente obra." (**Jurisdição constitucional...**, p. 231).

⁸⁸³ No Brasil há um exemplo que segue linha semelhante da lei de Connecticut, impondo ideais de vida perfeccionistas para a população, sem, entretanto, prever penalização. Refere-se aqui a um decreto de 1997 do prefeito de Bocaiúva do Sul, no Estado do Paraná, que proibiu a venda de pílulas anticoncepcionais e camisinhas na cidade e ainda distribuiu Viagra e Amendoim para os seus habitantes com o intuito de incentivar o aumento da população e garantir o aumento do repasse de verbas do Fundo de Participação dos Municípios. Em virtude da pressão realizada pela Organização Mundial da Saúde e pela Comissão Internacional de Direitos Humanos, o decreto acabou sendo revogado. No entanto, o prefeito não desistiu de impor condutas perfeccionistas e em 2003 editou um decreto proibindo a permanência de homossexuais na cidade e a concessão de moradia e outros benefícios para aqueles que tivessem essa orientação sexual.

resume-se em uma tensão de valores: de um lado a autonomia da mãe e de outro a vida do feto. Para Nino, a vida do feto possui exatamente o mesmo valor das outras vidas, sendo por essa razão uma condição para o processo democrático. Assim, a apreciação da constitucionalidade de uma lei sobre o aborto deve verificar se ela rompe com a prática constitucional inscrita na *constituição histórica* e/ou qual é a justificação que embasa a proibição. No caso norte-americano, o aborto era uma questão que permanecia em aberto na prática constitucional, por isso seria possível a sua proibição. No entanto, a lei do Texas, em específico, não visa à proteção da vida do feto, destinava-se a imposição de um ideal perfeccionista, limitando a autonomia da mãe, motivo suficiente para ser considerada inconstitucional. Portanto, o processo democrático tem legitimidade para limitar a autonomia da mãe para proteger a vida do feto, contudo, não a tem para impor uma conduta perfeccionista.

O último caso citado é *Brown vs. Board of Education*, que rompeu com a tese dos “separados, mas iguais”. A primeira dificuldade enfrentada pela questão dava-se em virtude de que a segregação racial estava consolidada na prática constitucional norte-americana, especialmente, pela decisão de *Plessy v. Ferguson*. Como destaca Nino, este seria um bom exemplo de uma prática constitucional que é tão contrária à *constituição ideal* que seria possível proferir uma decisão, devidamente justificada, que rompesse com tal prática. Contudo, a decisão de Warren, para declarar a inconstitucionalidade da segregação, argumentou que essa prática provocava um sentimento de inferioridade aos afro-americanos que prejudicava o seu desenvolvimento intelectual. Contudo, como observa Nino, esse argumento é insuficiente, devendo ser completado com o argumento de que a autoestima, o desenvolvimento intelectual adequado e o convívio plural são fundamentais para o processo democrático e, conseqüentemente, a segregação destrói a democracia. Enfim, trata-se de um caso clássico em que a Corte declarou uma lei inconstitucional com fundamento nas condições *a priori* para o funcionamento da democracia.

Após esclarecer qual é a lógica oculta por detrás da jurisdição constitucional, Nino propõe um modelo de controle judicial de constitucionalidade que deve atuar apenas excepcionalmente para *i)* garantir os pressupostos democráticos, *ii)* rechaçar leis perfeccionistas e *iii)* para preservar a prática constitucional. A partir desse formato de controle de constitucionalidade é possível

pensar em vários desenhos institucionais para o Judiciário e em diversas maneiras de declarar a inconstitucionalidade das leis.

Assim, para fornecer uma base mais ampla e sólida de legitimidade democrática para os juízes e Tribunais Constitucionais, algumas medidas poderiam ser tomadas. Pode-se pensar em construir um tribunal composto por membros eleitos periodicamente pelos poderes que representam a soberania popular; pode-se desenvolver procedimentos judiciais que confirmem maior apoio democrático às decisões, pode-se disponibilizar para os juízes mecanismos que os auxiliem a promover uma deliberação pública mais sólida ou que exijam dos corpos representativos uma nova reflexão sobre a decisão democrática. Ou seja, pode-se pensar em mecanismos que possibilitem que o Poder Judiciário contribua de forma ativa para aumentar a qualidade epistêmica da discussão e das decisões do processo democrático.

Portanto, o reconhecimento de que a democracia deliberativa é epistemicamente superior aos outros modelos democráticos não afasta a possibilidade de a jurisdição constitucional garantir que os resultados do processo democrático se harmonizem com *constituição ideal dos direitos* e da *constituição histórica*⁸⁸⁴. A jurisdição constitucional desempenha um papel importante ao mitigar, mesmo que de forma contingente, as tensões entre os direitos individuais, o processo democrático e as práticas constitucionais.

Por isso, apesar de Nino afirmar que a jurisdição constitucional tem uma função residual nas democracias constitucionais, já que as decisões públicas centram-se na discussão pública e na decisão majoritária que observam os pressupostos da democracia deliberativa, entende-se que a jurisdição constitucional possui um papel determinante para esse regime de governo por duas razões⁸⁸⁵.

Primeiro, quando Nino afirma que o controle judicial de constitucionalidade não é uma decorrência lógica da supremacia constitucional, de modo que sua existência não é fundamental em uma democracia constitucional, afirma que outros mecanismos de controle mais democráticos poderiam substituí-lo. Contudo, em

⁸⁸⁴ **La Constitución de la Democracia Deliberativa...**, p. 292-293.

⁸⁸⁵ Heloísa da Silva Kroll, após traçar uma análise comparativa entre as propostas de jurisdição constitucional apresentadas por John Rawls e Carlos Santiago Nino, conclui que: "A jurisdição constitucional é necessária e justificável na medida em que é exercida com base na razão pública". (Aportes da teoria constitucional: uma abordagem sobre a Constituição, a democracia e a jurisdição constitucional. In: **Revista de Direito Constitucional e Internacional** nº. 65, Ano 16. São Paulo: Revista dos Tribunais, out./dez., 2008, p.127).

momento algum dispensa a necessidade do controle das decisões democráticas. Sendo assim, entende-se que a história do Estado Liberal e do Estado Social, em todo o mundo ocidental, dá razões suficientes para defender o valor e a importância da jurisdição constitucional. Inclusive, as exigências da democracia deliberativa se compatibilizam com um controle judicial de constitucionalidade à medida que esse é o mecanismo mais eficiente para a defesa dos direitos fundamentais que são pressupostos para um processo democrático epistemicamente valioso e que pode ser exercido por uma instituição que esteja de portas abertas para a democracia, basta que adote instrumentos e procedimentos adequados para tanto.

Segundo, as exceções à jurisdição constitucional não a tornam tão excepcionais assim. As três hipóteses caracterizam-se pela abertura e abrangência, dependendo muito da interpretação do juiz caso a caso para sua verificação. Isso não é um ponto negativo das exceções à democracia deliberativa, mas um fortíssimo indício de que a jurisdição constitucional de Nino tem um alcance muito maior do que aquele que o autor parece querer defender como adequado⁸⁸⁶.

Por fim, outras duas observações parecem relevantes.

Como indica Bianca Stamato, a lógica do controle judicial de constitucionalidade defendido por Nino também está, em última análise, calcada na supremacia da constituição, uma vez que as três exceções que permitem o controle de constitucionalidade têm a finalidade de proteger as dimensões do constitucionalismo concebido por Nino⁸⁸⁷. As duas primeiras exceções – a proteção do processo democrático e a tutela da autonomia pessoal – estariam fundadas na supremacia da *constituição ideal dos direitos e da democracia* – enquanto a terceira exceção – a preservação das práticas constitucionais – fundamenta-se na supremacia da *constituição histórica*.

Note-se, que o problema central dessa discussão está, na verdade, na concepção de constituição suprema adotada. Tradicionalmente, o controle judicial de constitucionalidade defende que a constituição suprema incorpora os direitos

⁸⁸⁶ Pelo prisma oposto, Marco Aurélio Marraffon entende que a jurisdição constitucional de Nino apesar de possui “uma lógica interna sustentável, ela esbarra nos obstáculos da realidade que podem torná-la um discurso de legitimação de um poder demagógico, sem que o Judiciário possa interferir *substancialmente* nas deliberações majoritárias, assumindo uma posição passiva no controle de constitucionalidade.” (Jurisdição Constitucional em tempos de “Horror Político”. In: **Estudos Constitucionais**. COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda; MORAIS, José Luiz Bolzan, STRECK, Lenio Luiz. (Org). Rio de Janeiro: Renovar, 2007 p. 275).

⁸⁸⁷ **Jurisdição constitucional...**, p. 232.

liberais, sejam eles concedidos na sua dimensão robusta ou não, sobrepondo-se à democracia. Quando se afirma que também o controle judicial de constitucionalidade de Nino tem fundamento na supremacia da constituição, o que é supremo aqui não é apenas a dimensão constitucional dos direitos, mas também, e principalmente, da dimensão constitucional da democracia.

Finalmente, é preciso destacar que ao defender a primeira exceção que autoriza a intervenção da jurisdição constitucional, Nino demonstra um certo receio quanto à incorporação dos direitos sociais no âmbito do controle judicial de constitucionalidade por temer o esvaziamento da esfera democrática. No entanto, quando Nino cogita a possibilidade de delegar a proteção dos direitos sociais à jurisdição constitucional, entende que o trabalho da jurisdição constitucional na sua proteção seria definir a distribuição desses direitos, tal como se faz na política democrática.

“Se alguém está morrendo de fome ou se encontra muito enfermo e privado de assistência médica, ou carece de qualquer possibilidade de expressar as suas ideias através dos meios de imprensa, o sistema democrático estaria danificado do mesmo modo que estaria se esse indivíduo estivesse privado de seus direitos civis. Todavia, devemos ser cuidadosos ao limitar os casos em que estamos dispostos a interferir no sistema democrático para a sua própria proteção. **Se decidimos, por exemplo, que uma específica distribuição de bens, no lugar de alguma outra alternativa, impedimos que o sistema possa intervir na discussão acerca de qual é a forma mais apropriada de sua distribuição.** Em última instância, poderia suceder que tivéssemos um sistema democrático magnífico do ponto de vista epistêmico, porém que teria espaço para decidir sobre poucas questões.”⁸⁸⁸ (grifou-se)

O impacto e a importância dessa observação para a prática do controle judicial de constitucionalidade não é pouca, razão pela qual se reservou esse comentário para o final da análise da obra de Nino. Por essa perspectiva, o autor aproxima a defesa dos direitos sociais da noção de *política* defendida por Dworkin, aceitando, que em situações excepcionais, em que o valor epistêmico do processo democrático for muito baixo, a jurisdição constitucional assuma a tarefa de distribuir os bens e alocar os recursos, tipicamente democrática.

Embora a abertura dada por Nino à proteção dos direitos sociais mediante a intervenção da jurisdição constitucional seja de suma importância para países como o Brasil, que dispõe de um rol constitucional de direitos sociais e uma demanda avassaladora por sua efetivação, deve-se ter cautela. Por isso, acredita-se que a jurisdição constitucional deve, sim, tutelar os direitos sociais que são a outra face

⁸⁸⁸ La Constitución de la Democracia Deliberativa..., p. 276.

dos direitos liberais, no entanto, não deve interferir na sua forma concretização. Assim, parece que a teoria de Nino seria mais coerente com seus próprios fundamentos se reivindicasse que os direitos sociais fossem direitos reconhecidos pela jurisdição constitucional, e não que diante de um baixo valor epistêmico do processo democrático a jurisdição constitucional desse uma solução para a efetivação desses direitos.

Deve-se admitir que proibir a jurisdição constitucional de determinar como os direitos sociais serão implementados restringe muito a possibilidade de a instituição garantir a efetividade desses direitos. O problema da efetivação e realização dos direitos sociais é um problema essencialmente democrático, por isso, diante de uma causa que pleiteia, por exemplo, o direito fundamental à moradia ou à educação, não cabe à jurisdição constitucional decidir a forma como serão implementados e quais recursos serão disponibilizados para tanto, mas sua decisão deve ter força coercitiva suficiente para exigir que em um espaço de tempo delimitado a esfera democrática decida qual é o melhor caminho para garantir esse direito. O problema que surge aí é a disponibilização de instrumentos processuais coercitivos que deem conta dessas situações, mas essa reflexão foge dos limites desse trabalho.

2.6 Balanço das teorias analisadas

Após traçar o caminho percorrido pela jurisdição constitucional entre democracia e constitucionalismo no Estado Liberal e no Estado de Bem-estar Social, cuidou-se de definir quais as concepções de *constituição* e de *democracia* que se acredita serem as mais adequadas para alcançar os objetivos do Estado Democrático de Direito. Quanto à *constituição*, adotou-se uma concepção reconstrutivista, que compreende a constituição como um documento normativo aberto que depende de um *processo permanente de interpretação pública*. Quanto à democracia, destacou-se a insuficiência do sistema representativo e a inadequação de uma concepção meramente procedimental, acolhendo-se algumas premissas processuais e substantivas propostas pela *democracia deliberativa* e, ressaltando, finalmente, que a democracia é uma luta constante em busca da ampliação e

fortalecimento dos cânones democráticos.

A adoção dessas concepções de constituição e democracia não foi aleatória. Anotou-se a existência de uma interdependência entre essas duas concepções, de modo que uma funciona como complemento da outra. Por um lado, a *constituição* como uma *norma aberta em constante reconstrução mediante um processo público de interpretação* requer uma democracia mais forte, ampliada e inclusiva; por outro, a elevação qualitativa do próprio processo *democrático deliberativo* depende da garantia dos direitos fundamentais que compõem o cerne da constituição, especialmente a liberdade e a igualdade. Essa dinâmica entre a *constituição* como uma *norma aberta em constante reconstrução mediante um processo público de interpretação* e *democracia deliberativa* não afasta a tensão inerente à combinação de constitucionalismo e democracia, no entanto, fornece um caminho para que a tensão torne-se mais produtiva e impulsione o desenvolvimento dos postulados do Estado Democrático de Direito.

Foi com base nessas premissas que se buscou saber qual seria o papel da jurisdição constitucional – a intérprete, por excelência, da constituição – em Estados Democráticos de Direito. Assim, colocou-se o desafio de encontrar nas teorias sobre a legitimidade democrática da jurisdição constitucional desenvolvidas por John Hart Ely, Ronald Dworkin, Jürgen Habermas e Carlos Santiago Nino um caminho para a resposta à pergunta formulada ao final do primeiro capítulo: qual é a função da jurisdição constitucional de Estados Democráticos de Direito diante de uma *constituição* compreendida como uma *norma aberta em constante reconstrução mediante um processo público de interpretação* e de uma *democracia* que atenda às exigências da *democracia deliberativa* acima traçadas?

Em que pese o brilhantismo dos teóricos e o louvável esforço despendido em busca da resposta correta para a definição do papel e do lugar da jurisdição constitucional no paradigma do Estado Democrático de Direito, entende-se que nenhuma das teorias analisadas é capaz de satisfazer completamente os anseios de uma jurisdição constitucional que trabalha sob os alicerces de uma *constituição* como uma *norma aberta em constante reconstrução mediante um processo público de interpretação* no seio de uma *democracia deliberativa*. Todavia, embora não ofereçam respostas prontas, Ely, Dworkin, Habermas e Nino fornecem elementos fundamentais para a construção de uma jurisdição constitucional voltada à defesa

dos alicerces do Estado Democrático de Direito: da democracia e da constituição.

Portanto, é importante retomar as contribuições teóricas de cada autor que se acredita serem relevantes para a construção de um modelo de jurisdição constitucional do Estado Democrático de Direito. Adverte-se que, neste momento, o objetivo não é fazer um resumo ou a análise crítica das obras, mas extrair aquilo que se acredita haver de melhor em cada proposta.

Das ideias de John Hart Ely, destaca-se que a jurisdição constitucional está voltada à garantia da democracia e para a proteção das minorias. Nesse sentido, Ely defende que a jurisdição constitucional atua de forma legítima quando desbloqueia os canais de participação política fundamentais para o bom desenvolvimento do processo democrático e garante a inclusão das minorias em condições de igualdade nos debates públicos. Assim, a legitimidade da jurisdição constitucional está atrelada a sua missão de *fiscal da democracia*, sua função é, simplesmente, assegurar que a decisão democrática seja fruto de um processo político em que todos os cidadãos possam participar em condições de igualdade.

Essa ideia central do pensamento de Ely é válida e merece ser acolhida por um modelo de jurisdição constitucional de Estados Democráticos de Direito. Contudo, como já foi demonstrado Ely peca ao restringir a democracia a procedimentos representativos, afastando-se da noção democracia deliberativa que se vem defendendo, e ao negar a existência de substrato material na constituição, o que também não combina com a concepção de constituição como uma *norma aberta em constante reconstrução mediante um processo público de interpretação*, a qual não se confunde com uma constituição procedimental como a descrita por Ely, mas apenas quer indicar que os conteúdos morais da constituição devem ser constantemente reconstruídos por uma interpretação pública que só é possível com a ampliação dos cânones democráticos realizados por um modelo democrático como o deliberativo.

Na contramão de Ely, encontramos o fascinante raciocínio de Ronald Dworkin em defesa de uma jurisdição constitucional como o *fórum do princípio* das democracias constitucionais. Para Dworkin, a legitimidade da jurisdição constitucional está garantida ao decidir com fundamento em *princípios* extraídos de uma *leitura moral* da constituição e aplicados conforme as exigências do *direito como integridade*, de acordo com o qual a decisão judicial deve ser construída como

mais um capítulo da história institucional, preservando a coerência com os precedentes e com as práticas jurídicas. Note-se que por esse caminho a decisão não fica presa ao passado, pelo contrário, como toda a reconstrução, a decisão reconstrói os componentes já existentes que foram desenvolvidos ao longo da história constitucional através de um forte diálogo com a moralidade política vigente.

Seguindo essa estratégia hermenêutica, Dworkin defende que em uma democracia constitucional a jurisdição constitucional está mais apta a decidir sobre os conflitos acerca dos direitos morais da sociedade do que a própria esfera pública democrática, uma vez que está mais preparada para decidir com fundamento em princípios, rechaçando as decisões sobre direitos morais pautadas por questões pragmatistas ou utilitaristas. Ainda, como a democracia não é sinônimo do princípio majoritário, mas um regime de governo em que todos devem ser tratados como dignos de igual respeito e consideração, a jurisdição constitucional não fica enfraquecida por ser uma instituição contramajoritária. Pelo contrário, ao julgar com fundamento em princípios, a jurisdição constitucional fortalece a democracia porque inaugura um debate republicano qualitativamente superior, um debate orientado por princípios – por questões de justiça.

Ao defender que o direito é um processo de interpretação dos valores morais inscritos da constituição, na história constitucional e na moralidade política da sociedade, a proposta de Dworkin está em harmonia com a concepção de constituição como uma *norma aberta em constante reconstrução*, a qual visa a uma reconstrução constante dos conteúdos constitucionais. No entanto, Dworkin não atende à exigência de que a *constituição* seja desenvolvida *mediante um processo público de interpretação*. Como visto, o autor deposita toda a sua confiança em um discurso monológico, que em sua teoria é representado pela figura do juiz Hércules, admitindo apenas um diálogo implícito entre a jurisdição constitucional e sociedade através de uma leitura da moralidade política da comunidade feita por um juiz isolado. Assim, pode-se dizer que para Dworkin, a constituição é *norma aberta em constante reconstrução* orientada pela leitura moral feita pelo Judiciário, estando longe de ser um processo de interpretação verdadeiramente público.

Essa faceta da teoria de Dworkin evidencia-se ainda mais quando se retoma a sua noção de democracia constitucional. Concorde-se com o autor de que a democracia não pode ser reduzida à regra da maioria, porém, não se pode admitir

que uma democracia de qualidade esteja intrinsecamente dependente de decisões judiciais pautadas por princípios. Com o conceito de democracia constitucional, Dworkin reduz excessivamente a importância da esfera pública democrática e sua capacidade de autogoverno, o que é absolutamente incompatível com a noção de democracia deliberativa e demonstra um elitismo inaceitável.

A compreensão restrita de democracia oferecida por Dworkin é compensada com os postulados da democracia deliberativa formulados por Jürgen Habermas a partir de sua teoria do discurso.

Preliminarmente, no entanto, é de extrema relevância anotar que Habermas concorda com Dworkin que as decisões constitucionais são sempre decisões reconstrutivistas em função da abertura e indeterminação do texto constitucional. Contudo, para Habermas, a constituição não traz nenhum conteúdo substantivo, é apenas procedimento, já que em sociedades complexas o direito não pode ter fundamento de legitimidade em valores morais, mas apenas em um procedimento democrático legítimo. Assim, a constituição deve zelar para que o processo democrático desenvolva-se em condições de igualdade e liberdade, uma vez que somente assim será produzido o direito legítimo.

Quanto à democracia habermasiana, merecem destaque a abertura e a incorporação feitas por Habermas à esfera pública não institucionalizada. Ao contrário de Ely, Habermas enfatiza que a democracia não se realiza apenas nos procedimentos democráticos levados a cabo pelas instituições públicas, mas se desenvolve também nos debates realizados no bojo da sociedade civil e de suas esferas deliberativas. Habermas reconhece a importância e a necessidade de processos legislativos para as sociedades complexas, mas não admite que tais processos desenrolem-se à margem da esfera pública não institucionalizada. Somente gozarão de legitimidade os procedimentos legislativos que mantiverem abertos os canais de comunicação com a esfera pública não institucionalizada e nos quais essa esfera tenha possibilidades reais de intervir e colaborar para a formação da opinião e da vontade democrática. Essa conexão entre o fórum público estatal e a democracia pulverizada nos debates realizados na sociedade, talvez seja o ponto alto da teoria de Habermas.

Colocadas essas premissas, Habermas defende que a jurisdição constitucional deve intervir no processo democrático de forma legítima para tutelar

as condições para a gênese democrática do direito. Desse postulado, decorrem pelo menos duas observações importantes: primeiro, só são legítimas as decisões fundamentadas no direito em sentido deontológico, pois decisões que tratam o direito teologicamente colocam-se no campo dos *discursos de fundamentação*, os quais devem ficar reservados à esfera legislativa; e, segundo, a jurisdição constitucional deve garantir as condições necessárias para o desenvolvimento de um processo democrático legítimo, isto é, um processo democrático em que todos os cidadãos atuam de forma livre e igual, exercendo sua autonomia pública e privada, e em que a esfera pública não institucionalizada tenha condições de debater e interferir nas decisões do processo democrático legislativo.

No que tange a sua concepção de constituição, Habermas dá um passo para frente e um passo para trás em relação a Dworkin. Tal como o autor norte-americano, Habermas adota uma concepção de constituição como *norma aberta em constante reconstrução*. Mas um passo a frente de Dworkin, exige que essa reconstrução se dê *mediante um processo público* realizado por uma esfera pública institucionalizada em conexão com uma esfera pública não institucionalizada – o *fórum público*. Um passo atrás de Dworkin, Habermas nega que a constituição de sociedades complexas contenha valores morais sujeitos à constante interpretação pública e judicial. Para Habermas, esses valores morais devem surgir do procedimento democrático respaldado pela constituição, não estando inseridos *na* constituição, porém estando abertos à reconstrução feita pelo próprio processo democrático. Em tese, a constituição procedimental de Habermas é bastante atraente, porém, assumir uma noção puramente procedimental de constituição é negar que existem valores morais absorvidos pela constituição que orientam o desenvolvimento da sociedade. Como adverte Dworkin, não se pode negar que no fundo todas as decisões sobre a constituição são *leituras morais*.

Porém, quando se volta a análise para a noção de democracia, Habermas está vários passos a frente de Ely e também de Dworkin. Ao inverso de Ely, Habermas não restringe a democracia a procedimentos representativos, amplia-a ao máximo para explorar todas as potencialidades que o debate e a discussão pública podem trazer para a formação da opinião e da vontade democrática. Nesse sentido, a conexão entre os fóruns públicos e a esfera pública não institucionalizada, pela qual luta Habermas, revela-o árduo defensor da democracia deliberativa como uma

democracia que permeia toda a sociedade e o Estado a fim de reunir todos os esforços em prol da construção da decisão mais legítima.

Nessa luta pela construção de uma sociedade democrático-deliberativa, a jurisdição constitucional surge como um instrumento de defesa das condições necessárias para o bom desenvolvimento do processo democrático-deliberativo, do qual depende a legitimidade do direito. Por isso, as decisões da jurisdição constitucional não devem substituir as decisões democráticas, devem interpretar o direito como um mandamento obrigatório e justificar sua adequação diante do caso concreto tendo em vista o fortalecimento das condições do processo democrático – o fortalecimento dos direitos que garantem a autonomia pública e privada dos cidadãos.

Habermas incorpora explicitamente a ideia de *sociedade aberta dos intérpretes* da constituição proposta do Häberle, destacando que a legitimidade de todas as decisões públicas está atrelada ao debate crítico proveniente do espaço público. Desse modo, Habermas fornece substratos firmes para a defesa não apenas da legitimidade da jurisdição constitucional, mas também para a compreensão de sua relevância em Estados Democráticos (deliberativos) de Direito. Contudo, infelizmente, não chega a defender a existência de uma jurisdição constitucional aberta, ou seja, não faz da jurisdição constitucional um fórum público de deliberação a mais para a democracia; provavelmente porque defende que suas decisões devem se manter no campo dos *discursos de aplicação*.

Por fim, tem-se Carlos Santiago Nino, que compartilha elementos das teorias de Habermas e Dworkin para apresentar uma proposta inovadora para a jurisdição constitucional de Estados Democráticos de Direito.

O primeiro destaque que se faz à obra de Nino, refere-se à incorporação dos valores morais pela constituição. Ao contrário de Habermas e na linha de Dworkin, para Nino a constituição conta com um conteúdo substantivo composto pelos valores morais inscritos na *constituição ideal dos direitos e da democracia* e na *constituição histórica*. No entanto, tal como Dworkin e Habermas, Nino assume a constituição como uma *norma aberta em constante reconstrução mediante um processo público de interpretação*. Basta conferir a metáfora da catedral para ter certeza de que para Nino a constituição histórica é uma prática social em um processo de interpretação permanente determinado por hábitos, instituições, cultura

e opiniões que caracterizam a sociedade. Por isso, em que pese as diferenças hermenêuticas nutridas por Nino em relação a Dworkin, no que tange à noção de uma constituição que incorpora conteúdos morais em permanente reconstrução, ambos estão em perfeita sintonia.

Contudo, Nino vai além de Dworkin quando aborda a natureza dos direitos constitucionais. Ao adotar uma perspectiva liberal-igualitária dos direitos fundamentais, Nino faz uma importantíssima observação: os direitos fundamentais possuem duas faces, uma individual e uma social. O reconhecimento de que direitos sociais são direitos fundamentais para a autonomia do indivíduo faz da teoria de Nino uma teoria de extrema relevância para o contexto nacional. Portanto, a concepção de *constituição* como um *processo público de interpretação*, que incorpora direitos individuais e sociais, deve ser imediatamente adotada por um modelo de jurisdição constitucional de Estados Democráticos de Direito inseridos em um cenário econômico e social como o brasileiro.

A concepção de constituição adotada por Nino é complementada por um modelo de democracia deliberativa que se aproxima muito do modelo habermasiano, mas que não deposita todas as suas fichas na reflexão pública, uma vez que para Nino assuntos referentes à autonomia individual são tutelados de uma forma melhor pela reflexão individual, tal como a proposta por John Rawls. Assim, Nino propõe uma concepção dialógica de democracia que, desde que respeitadas certas condições, possui um grande valor epistêmico, isto é, é capaz de, através de uma ampla discussão pública e da decisão majoritária, fornecer um caminho mais confiável para a determinação dos princípios morais.

Dentre as condições para que o processo democrático seja dotado de valor epistêmico, Nino coloca exigências de ordem procedimental, porém, confere destaque à necessidade de garantia de direitos *a priori*, que em virtude da adoção da perspectiva liberal-igualitária, incluem os direitos individuais e os direitos sociais. Assim, a qualidade epistêmica de um processo democrático é proporcional à satisfação das pré-condições ao processo democrático, ou seja, da garantia e efetivação dos direitos individuais e sociais. Trata-se, portanto, de uma concepção de democracia que se harmoniza completamente com a noção de democracia deliberativa que se pretende incorporar em um modelo de jurisdição constitucional para os Estados Democráticos de Direito.

Diante de uma *constituição* como uma *norma aberta em constante reconstrução mediante um processo público de interpretação* e da *democracia deliberativa*, Nino defende que a jurisdição constitucional cumpre sua missão quando decide no sentido de incrementar a qualidade epistêmica do processo democrático, da qual dependem os direitos fundamentais individuais e sociais. Contudo, isso não significa que tais direitos estejam excluídos da arena democrática. Para Nino, mesmo os direitos fundamentais individuais devem estar disponíveis ao debate público – posição que se coaduna perfeitamente com a constituição brasileira que permite a reconstrução democrática dos direitos fundamentais, vedando apenas a sua eliminação. Quanto aos direitos sociais, Nino adverte que a jurisdição constitucional só pode intervir quando a sua ausência conceda ao debate democrático um baixo valor epistêmico, caso contrário, deve-se manter as decisões sobre direitos sociais para a esfera democrática. Os problemas e consequências dessa posição de Nino já foram discutidos, portanto, basta aqui frisar que para Nino, a jurisdição constitucional também pode atuar no campo dos direitos sociais para salvaguardar o valor epistêmico do debate democrático.

Seguindo essa linha, Nino oferece três hipóteses em que a jurisdição constitucional está autorizada a intervir no processo democrático: *i)* para garantir os pressupostos democráticos, *ii)* para rechaçar leis perfeccionistas que violam a autonomia privada e *iii)* para preservar a prática constitucional quando ela for menos danosa do que a decisão democrática imbuída de valor epistêmico. Por fim, em uma passagem muito breve, Nino admite que a jurisdição constitucional pode colaborar ativamente para conferir maior valor epistêmico para o processo democrático.

Portanto, Nino oferece um modelo de jurisdição constitucional que trabalha com a concepção de *constituição* como *norma aberta em constante reconstrução mediante um processo público de interpretação* e com um modelo de *democracia deliberativo*, assimilando inclusive a importância dos direitos sociais. No entanto, Nino não chega a abrir as portas da jurisdição constitucional para a democracia; tal possibilidade poderia apenas ser deduzida implicitamente de sua proposta. Finalmente, lembra-se de que assim como para Habermas a jurisdição constitucional não é autoevidente, para Nino ela não é uma consequência lógica das democracias constitucionais, premissas com a qual não se pode concordar, uma vez que, como já dito anteriormente, a jurisdição constitucional é, pelo menos, uma exigência que

decorre das lições dadas pela história do Estado Moderno.

Após essa breve análise das teorias de Ely, Dworkin, Habermas e Nino, pode-se concluir que sendo a constituição uma *norma aberta em constante reconstrução de interpretação de princípios morais* (Dworkin e Nino), ela deve ser interpretada no contexto de uma democracia dotada de valor epistêmico, isto é, que materializa as pré-condições procedimentais e substanciais – como os direitos individuais e sociais – (Nino) e é capaz de manter um diálogo permanente entre o *fórum público* e a esfera pública não institucionalizada (Habermas); pois, somente por esse caminho, é possível garantir a sua legitimidade democrática em sociedades plurais e sua durabilidade ao longo das gerações.

Diante dessa complexa relação de simultânea tensão e complementação entre constituição e democracia, a jurisdição constitucional possui uma missão de enorme relevância. A primeira preocupação da jurisdição constitucional seria a garantia dos canais de participação no processo democrático legislativo (Ely). Contudo, em uma democracia deliberativa, isso é pouco. A jurisdição deve cuidar *i)* para que a democracia desenvolva-se plenamente nas esferas públicas não institucionalizadas, *ii)* para que tais espaços tenham canais de diálogo abertos com o *fórum público* e *iii)* possuam efetiva possibilidade de debater e influenciar em suas decisões (Habermas). Nesse sentido, defende-se que a própria jurisdição constitucional deve incrementar os seus procedimentos a fim de torná-los mais democráticos, garantindo que também os juízes dialoguem com as esferas públicas não institucionalizadas e atuem com a transparência necessária para que suas decisões possam ser submetidas ao crivo do debate público.

Porém, uma democracia nos termos deliberativos não se faz sem a tutela dos direitos fundamentais, isto é, sem a garantia das condições para a gênese democrática do direito (Habermas) e/ou dos direitos *a priori* (Nino). Em um contexto de censuras e desigualdades a democracia não tem a menor condição de ser fonte de legitimidade do direito (Habermas); seu valor epistêmico é zero (Nino). Assim, diante da violação das liberdades e da igualdade, a jurisdição constitucional deve restaurar a força normativa dos direitos fundamentais – protegendo a *constituição histórica* (Nino) com suporte nas práticas constitucionais e, na medida do possível, nos precedentes, (Dworkin) – aplicando-os como mandamentos obrigatórios para o restabelecimento das condições para a gênese democrática do direito (Habermas)

ou para garantir o valor epistêmico do processo democrático (Nino).

Portanto, apenas a fim de organizar o raciocínio, a concepção de *constituição* como uma *norma aberta em constante reconstrução mediante um processo público de interpretação* e a noção de *democracia deliberativa* se pressupõem: por um lado a constituição para ser um *processo público de interpretação* precisa de uma *democracia deliberativa* forte, em que os cidadãos estejam engajados no desenvolvimento democrático da constituição; por outro, a democracia deliberativa só é viabilizada quando se tem uma garantia forte e certa dos direitos fundamentais, em especial dos que garantem as liberdades e a igualdade.

Nesse cenário normativo, a jurisdição constitucional deve atuar em duas frentes:

Primeira: deve zelar pelos postulados da democracia deliberativa, que são os próprios direitos fundamentais que dão valor epistêmico ao processo democrático, a fim de proteger e fortalecer a esfera pública não institucionalizada, garantindo, assim, o seu próprio desenvolvimento e, principalmente, a abertura dos canais de comunicação com o *fórum público*. Nesse sentido, é perfeita a observação de Gustavo Binenbjom de que “A maior contribuição de uma Corte Constitucional ao desenvolvimento civilizatório não está na verdade ou na bondade de seus julgados, mas na forma pela qual eles *energizam* o diálogo público e incrementam o seu grau de *racionalidade*.”⁸⁸⁹

A jurisdição constitucional não deve substituir a opinião pública, mas fomentar que sua formação se dê sobre bases legítimas. Diante disso, a legitimidade democrática da decisão judicial é verificada na medida em que está fundamentada de acordo com a manutenção da igualdade e da liberdade. Somente essas decisões justificam-se em contextos democráticos⁸⁹⁰. A democracia não se realiza livremente, só alcança seus objetivos quando atende as exigências do constitucionalismo. Não há esfera pública democrática em um contexto de censuras e desigualdades.

Segunda: a própria jurisdição constitucional deve se democratizar, configurar-se como uma instituição aberta através da disponibilização de canais de comunicação com a esfera pública não institucionalizada e comprometendo-se com

⁸⁸⁹ **A Nova Jurisdição Constitucional Brasileira...**, p. 119.

⁸⁹⁰ Nesse sentido, confira-se SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. **Teoria da Constituição e da Democracia Deliberativa...**, p. 178 e ss.

a transparência e publicidade de suas decisões, requisitos fundamentais para que possam ser debatidas publicamente.

Se a constituição é uma *norma aberta em constante reconstrução mediante um processo público de interpretação*, é preciso que a jurisdição constitucional, sua intérprete por excelência, interprete-a na companhia da *sociedade aberta dos intérpretes* da constituição. Como bem argumenta Gargarella:

“...se o que nos interessa é realmente manter viva a constituição, conforme os avanços que vamos afirmando como sociedade, logo não se vê porque é que devemos deixar para os juizes a determinação de quais são esses ‘avanços’ e o qual é o seu alcance. Isso, em particular quando criamos uma estrutura judicial com membros claramente distanciados da reivindicações e dos conflitos cotidianos que afetam a maioria da sociedade.”⁸⁹¹

Como não é possível nem desejável banir a jurisdição constitucional – ou como quer Mark Tushet, *take the Constitution away from the Courts* –, a solução é democratizar a própria jurisdição constitucional. Assim, a jurisdição constitucional deve ampliar o espaço da cidadania no seu interior, possibilitando que se mantenha um diálogo consistente e constante com a esfera pública. Para tanto, os mecanismos processuais e os recursos digitais podem ser grandes aliados, embora não sejam suficientes. É preciso que os próprios magistrados estiquem seus ouvidos para além dos muros da torre de marfim, é preciso que estejam integrados na sociedade e interados de suas demandas. É preciso, enfim, que o Poder Judiciário permita que a realidade influencie as suas decisões⁸⁹².

Não se trata de defender a transferência ou prolongamento das competências legislativas para o âmbito da jurisdição constitucional. O fato de ser competente para desenvolver *discursos de fundamentação* não significa que a jurisdição constitucional não possa figurar como mais uma esfera pública institucionalizada. O debate e a discussão, a abertura das portas do Judiciário não representam a invasão à esfera de competência do Poder Legislativo, mas a

⁸⁹¹ GARGARELLA, Roberto. *Teoría y Crítica del Derecho Constitucional...*, p. 126.

⁸⁹² A esse respeito, Luís Roberto Barroso: “Na configuração do Estado e da sociedade, a ideia de democracia já não se reduz à prerrogativa popular de eleger representantes, nem tampouco às manifestações das instâncias formais do processo majoritário. Vive-se a era da *democracia deliberativa*, em que o debate amplo, realizado em contexto de livre circulação de ideias e de informações, e observado o respeito aos direitos fundamentais, desempenha uma função racionalizadora e legitimadora de determinadas escolhas políticas. **Embora as decisões do Supremo Tribunal, como de qualquer corte constitucional, sejam finais, elas não cabem em si mesmas: são influenciadas pela realidade subjacente e, ao mesmo tempo, exercem, sobre ela um poder de conformação. A legitimidade de uma decisão judicial, como a do poder em geral, situa-se na confluência entre o consentimento e o respeito.**”(Controle de Constitucionalidade no Direito Brasileiro..., p. 61).

democratização de mais um dos poderes do Estado, o qual tem sua legitimidade atrelada à aplicação do direito, mas também à soberania popular. Abrir a jurisdição constitucional, portanto, significa apenas abrir mais uma esfera pública de deliberação, que não é mais e nem menos importante do que as outras esferas públicas institucionalizadas, e tal como elas devem manter uma interlocução constante com a sociedade.

Nessa perspectiva, o princípio da separação de poderes só cumpre sua função com um agir pautado pelo debate democrático em todas as esferas. Os poderes não se limitam, atuam de forma cooperativa para a concretização do Estado Democrático de Direito. Assim, a limitação entre os poderes deve ser substituída pela ideia de cooperação entre os poderes. Se a democracia demanda uma busca constante por ampliação e aperfeiçoamento, a democracia não pode ficar restrita a esse ou àquele poder do Estado. Em uma sociedade democrática, todos os Poderes devem estar imbuídos de espaços democráticos e orientar sua ação a fim de construir o ideal do autogoverno do povo.

Ainda, como todas as decisões democráticas, as decisões judiciais devem permanecer abertas à crítica e à revisão democrática. A legitimidade da jurisdição constitucional depende de sua capacidade em manter um diálogo permanente e aberto com a esfera pública. Como ensina Gustavo Binenbjom, a ideia de que “... a decisão judicial não se critica, apenas se cumpre” já não se sustenta, “Decisão judicial se critica sim: nos autos, por meio do recurso cabível, nas obras doutrinárias, nos bancos universitários, na imprensa ou em sedes menos ortodoxas, como conselhos comunitários e associações de moradores.”⁸⁹³ Destaca o autor, que tal crítica torna-se ainda mais urgente quando em sede de controle de constitucionalidade abstrato em razão da irradiação e vinculação de seus efeitos. Contudo, a possibilidade de legitimação da jurisdição constitucional através da crítica pública só é possível se ela estiver aberta à realização de uma democracia cada vez mais deliberativa.

Portanto, se a constituição é *como uma norma aberta em constante reconstrução mediante um processo público de interpretação* e a democracia deve seguir os postulados *deliberativos*, a jurisdição constitucional deve conformar a sua atividade de modo a fomentar, por um lado, o processo democrático e, por outro,

⁸⁹³ Idem, Ibidem, p. 116.

abrir suas portas para a sociedade construir de forma autônoma a sua constituição. Esse processo de reconstrução não pode ser levado a cabo pela jurisdição isoladamente, deve ser feito em cooperação. A jurisdição deve intervir sempre que o processo democrático deliberativo estiver ameaçado pela censura às liberdades e pelas profundas desigualdades – os elementos fundamentais para sua legitimidade. Ou seja, deve intervir para que a reconstrução da constituição seja feito por um processo democrático deliberativo dotado de valor epistêmico.

Diante desses pressupostos, o próximo capítulo volta-se à análise da doutrina e da jurisprudência constitucional brasileira com o objetivo de verificar em que medida a jurisdição constitucional brasileira atua no sentido de fortalecer os pressupostos do processo democrático deliberativo, e, para responder à segunda questão colocada ao final do primeiro capítulo, qual seja, saber como os juízes e tribunais materializam a concepção de constituição *como uma norma aberta em constante reconstrução mediante um processo público de interpretação*. Em outras palavras, como a jurisdição constitucional comunica-se com a esfera pública *democrático-deliberativa* no processo de interpretação da constituição? Quais são os meios disponíveis para promover a interação entre a jurisdição constitucional e a democracia?

3. A JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL BRASILEIRA COMO INSTRUMENTO DE DEFESA E EFETIVAÇÃO DA DEMOCRACIA DELIBERATIVA

3.1 O projeto de Estado Democrático de Direito da Constituição Brasileira de 1988

Tendo em vista que não se quer fazer um trabalho “*de frente para o mar e de costas para o Brasil*”⁸⁹⁴, o objetivo deste último capítulo é investigar as potencialidades da jurisdição constitucional brasileira como instrumento de defesa e efetivação da democracia deliberativa. Para tanto, essa análise contará com o suporte das contribuições doutrinárias levantadas no capítulo anterior, as quais permitiram formular a conclusão de que a missão da jurisdição constitucional, nos Estados Democráticos de Direito, que compreende a constituição *como uma norma aberta em constante reconstrução mediante um processo público de interpretação* e busca implementar uma *democracia* conforme as exigências *deliberativas*, é fomentar o processo democrático-deliberativo e interpretar a constituição em cooperação com a esfera pública não institucionalizada.

No entanto, a realização dessa tarefa de forma séria e comprometida com o Estado brasileiro só é possível se a assimilação das teses estrangeiras ao contexto pátrio passar por um filtro crítico capaz de absorvê-las de acordo com as características do ordenamento jurídico e da realidade brasileira⁸⁹⁵. De nada vale importar conceitos e ideias brilhantes de forma automática, essa atitude anularia todos os esforços, prejudicando a validade e a qualidade da reflexão que se pretende desenvolver. Portanto, não se quer cometer o mesmo erro que em diversas ocasiões, desde a época do Brasil Imperial, é visto com frequência no cenário

⁸⁹⁴ A feliz passagem não poderia ser de outra pessoa senão de Luís Roberto Barroso em **Interpretação e Aplicação da Constituição...**, p. 4.

⁸⁹⁵ A intenção de assimilar criticamente as ideias estrangeiras ficou muito bem expressada pela criatividade de Gustavo Binenbjom, que ao examinar os institutos estrangeiros incorporados pelas Leis nº. 9.868/99 e 9.882/99, tratou de fazer uma advertência para a necessidade de realização de uma “saúdável antropofagia” das influências estrangeiras ao controle de constitucionalidade nacional. (**A Nova Jurisdição Constitucional Brasileira...**, p. 137). Vale destacar ainda, a observação de Menelick de Carvalho Netto de que “o constitucionalismo se faz em concreto, depende da vida, da cultura, da tradição..”, razão pela qual também não é possível um estudo do texto da constitucional desconectado da realidade. (CARVALHO NETO, Menelick. *Controle de Constitucionalidade e Democracia*. In: *Constituição e Democracia*. Antonio G. Moreira Maués. São Paulo: Max Limond. 2001, p. 228).

jurídico pátrio. Assim, invertendo à famosa crítica de Bernard Schwartz, pode-se dizer que a intenção é colocar *as ideias no lugar*⁸⁹⁶.

Por isso, o primeiro passo que se julga necessário é voltar os olhares para a Constituição da República Federativa Brasileira de 1988, pois somente através do auto-conhecimento é possível saber *i)* se a compreensão da Constituição *como uma norma aberta em constante reconstrução mediante um processo público de interpretação* e as premissas da *democracia deliberativa* são, ou não, aplicáveis ao Estado Democrático de Direito inaugurado pela Constituição de 1988 e, *ii)* em que medida, as contribuições estrangeiras sobre a jurisdição constitucional nos Estados Democráticos de Direito são aplicáveis ao contexto pátrio ou não.

Todavia, como uma análise minuciosa da integralidade do texto constitucional seria uma tarefa despropositada nesse momento, optou-se por fazer uma leitura sistemática dos dispositivos constitucionais que são os principais pilares do texto constitucional de 1988 e que formam o pano de fundo das problemáticas que envolvem a jurisdição constitucional. Deve-se alertar que as linhas a seguir refletem uma leitura do direito constitucional positivo, não uma leitura positivista da Constituição⁸⁹⁷. O texto da Constituição é tomado como o ponto de partida para a exploração dos potenciais interpretativos que dele podem ser auferidos, ou seja, embora não seja adequada uma interpretação literal, qualquer método interpretativo que se queira adotar deve partir do texto e das interpretações que sua semântica autoriza. Como explica Barcellos, “Fora desse território, o direito perde sua característica básica, e as palavras, sua capacidade de comunicação. É a partir do texto do enunciado normativo que se começará a identificar o que ele pretende afinal produzir como efeito no mundo dos fatos.”⁸⁹⁸

Dessa forma, o texto da Constituição é a matéria prima que deve ser lapidada por uma interpretação crítica e comprometida com os seus valores e objetivos. Não basta explicitar o texto constitucional, dizer que ela fundamenta a República, o Estado de Direito, a democracia, o princípio da separação de poderes, os direitos fundamentais e a própria jurisdição constitucional; é preciso ir além e compreender o significado desses fundamentos, é preciso pensar – e principalmente

⁸⁹⁶ Schwarz. Roberto. **As idéias fora do lugar**. Cadernos Cebrap. nº. 3, 1973.

⁸⁹⁷ Nesse sentido, o Professor Clèmerson Merlin Clève em aula ministradas para a graduação do Curso de Direito da Universidade Federal do Paraná em 10 de março de 2009.

⁸⁹⁸ **A eficácia jurídica dos princípios constitucionais...**, p. 175.

debater – criticamente a Constituição, uma vez que somente a partir desse conhecimento prévio é possível pensar se o transporte das teorias estrangeiras para o contexto nacional será adequado e proveitoso ou se resultará em um *Trobriand Cricket*⁸⁹⁹.

No entanto, ao mesmo tempo em que o texto é o ponto de partida da interpretação, ele também deve ser tomado como referencial para o ponto de chegada. Isso porque reconhecer certo grau de criatividade do intérprete não significa conceder-lhe total liberdade. Existem limites substanciais e processuais que o sistema jurídico impõe à tarefa interpretativa⁹⁰⁰. Por isso, embora a abertura da Constituição demande uma interpretação construtiva, é preciso cuidado para que não se sucumba a uma interpretação criativa. Nesse sentido, deve-se esclarecer que assumir uma compreensão da Constituição *como uma norma aberta em constante reconstrução mediante um processo público de interpretação*, que se realiza através de uma forte esfera deliberativa, não significa admitir que todas as interpretações dela feitas sejam possíveis. As possibilidades da interpretação reconstrutiva estão limitadas pelos materiais disponíveis para a reconstrução. Assim, deve-se perceber que somente uma reconstrução da Constituição que permaneça dentro dos limites do projeto constitucional e esteja voltada a sua realização plena é uma interpretação possível. Por isso é que é importante analisar a própria

⁸⁹⁹ A história e o sentido da expressão *Trobriand Cricket* é explicada com a didática habitual por Marçal Justen Filho: “A pura e simples introdução em nosso sistema de sofisticados institutos, gerados num ambiente cultural estrangeiro ao longo de séculos, pode desembocar no fenômeno diagnosticado pelos antropólogos como ‘*Trobriand Cricket*’. A expressão deriva do título de um famoso documentário, rodado em 1974 por Jerry W. Leach e Gary Kildea, e que obteve enorme sucesso em todo o mundo. No início do séc. XX, missionários ingleses chegaram às Ilhas Trobriand, em Papua-Nova Guiné. Ficaram chocados com alguns dos hábitos dos nativos, especialmente com os seguidos e sangrentos combates entre os moradores de ilhas diversas. Como forma de canalizar positivamente as divergências, resolveram introduzir a prática do críquete, esporte britânico de grande formalismo e tradição. Em 1974, o documentário revelou a nova *realidade* das Ilhas Trobriand. O críquete tinha sido objeto de um processo de aculturação marcante. Em primeiro lugar, eliminou-se o número máximo de jogadores. Todos os habitantes da ilha participavam do *jogo*. A disputa era precedida e acompanhada de danças e cantos rituais, com os jogadores portando pinturas de guerra. Adotou-se a regra de que a equipe do local em que se realizava o confronto era **sempre** a vencedora. Os árbitros passavam a ser os feiticeiros da tribo local, os quais lançavam, enquanto a disputa ocorria, encantamentos para destruir os adversários.

A expressão *Trobriand Cricket* passou a ser utilizada, no âmbito da Antropologia, para designar o fenômeno da transformação a que uma cultura menos desenvolvida impõe a instituições altamente sofisticadas, oriundas de um ambiente externo. O resultado, usualmente, é um processo folclórico e delirante, em que o fenômeno externo é transformado e institucionalizado pela comunidade menos desenvolvida em termos absolutamente incontroláveis e imprevisíveis.” (JUSTEN FILHO, Marçal. **O Direito das Agências Reguladoras Independentes...**, p. 286)

⁹⁰⁰ CAPPELLETTI, Mauro. **Juízes Legisladores?**..., p. 24.

Constituição a fim de saber quais são os caminhos abertos pelo texto constitucional para a reconstrução, isto é, *o que, como, em que sentido e até que ponto* a reconstrução das normas constitucionais é possível.

Nessa perspectiva, é fundamental salientar ainda que a interpretação da Constituição apresentada a seguir é fruto de uma leitura específica, que pode ou não ser compartilhada com outros cidadãos. Por isso, ao voltar os olhos para a Constituição não se tem a pretensão de revelar o que diz a Constituição, mas o que a presente leitura extraiu da (ou atribuiu à) Constituição. Por outro lado, isso também não significa que a empreitada tenha como resultado um subjetivismo interpretativo, já que como frisado anteriormente a interpretação parte do texto constitucional e a ele deve retornar. Assim, adverte-se desde já que esse trabalho compromete-se com uma reconstrução da Constituição que busque dar a máxima efetividade para os preceitos constitucionais que funcionam como condição para a democracia deliberativa e para o Estado de Direito.

Por essa razão, rejeita-se qualquer interpretação que viole os pressupostos do Estado Democrático de Direito, uma vez que não se pode aceitar que decisões democráticas destruam o próprio sistema constitucional que as garante. Portanto, as interpretações que se equiparem à proposta de Bruce Ackerman – quem entende que diante de uma forte mobilização democrática os direitos fundamentais podem sucumbir – devem ser afastadas de imediato⁹⁰¹. A democracia depende dos direitos fundamentais, os quais funcionam como instrumentos de garantia para que ela não se autodestrua. É à luz dessa perspectiva, que se parte para a leitura de alguns dos principais dispositivos da Constituição da República brasileira.

Antes de adentrar na análise do texto constitucional em si, é preciso traçar, sumariamente, as características gerais da Constituição de 1988, as quais só são inteiramente compreendidas quando se tem em vista a história e o ambiente sócio-político em que a Constituição foi promulgada.

Assim, deve-se reconhecer que, em que pese importância da década de 30 para o desenvolvimento do constitucionalismo brasileiro, são os movimentos em prol

⁹⁰¹ A fim de esclarecer o que se quer evitar, vale retomar o exemplo dado pelo próprio autor. Ackerman ilustra a sua tese com um caso hipotético. Imagina que o avanço do fundamentalismo islâmico tivesse como reflexo a renovação da fé cristã no Ocidente e, a partir disso, uma decisão democrática qualificada revogasse a Primeira Emenda que garante o direito à liberdade religiosa instituindo o cristianismo como religião oficial. Nesse caso, Ackerman defende que não seria possível declarar inconstitucional a decisão majoritária, haja vista que foi amplamente legitimada pelo povo. (**Nós, o povo soberano**..., p. 17-18)

da redemocratização anteriores a 1988 que mobilizaram, pela primeira vez, toda a sociedade brasileira para a construção de uma constituição⁹⁰². Por essa razão, Luís Roberto Barroso explica que a Constituição de 1988 é o “ponto culminante” da história brasileira marcada por sucessivas rupturas, “... catalizando o esforço de inúmeras gerações de brasileiros contra o autoritarismo, a exclusão social e o patrimonialismo, estigmas da formação nacional.”⁹⁰³ Portanto, trata-se de uma Constituição fruto de um momento muito específico da história brasileira, de um verdadeiro momento (re)fundador, de uma Constituição que (re)inaugura o Estado Democrático de Direito brasileiro a partir da restauração da democracia e da reconstrução do constitucionalismo, provocando uma abertura política e jurídica naturalmente contraditória⁹⁰⁴, uma vez que incorpora o paradoxo entre *constitucionalismo* e *democracia*, do qual se vem falando desde o início deste trabalho.

Em virtude de ser responsável pela transição de um Estado autoritário para um Estado Democrático de Direito, em um ambiente socioeconômico marcado pela miséria e pela exclusão social, a Constituição de 1988 foi elaborada como um projeto para o futuro, mas tendo em vista os sofrimentos do passado. O receio de que o filme da opressão fosse reprisado, e a vontade de construir uma nova história resultaram em um texto constitucional profundamente analítico, prolixo e demasiadamente extenso, tal como os textos das Constituições do pós-guerra, sendo marcante a influência das Constituições Italiana (1947), Alemã (1949) e, principalmente, das Constituições Portuguesa (1976) e Espanhola (1978), bem como da respectiva doutrina desenvolvida sobre delas, cujos grandes expoentes são Joaquim José Gomes Canotilho, Jorge Miranda, Vieira de Andrade, Pablo Lucas Verdú e Pérez Luño.

⁹⁰² Apesar de a Assembleia Constituinte de 1988 não ter sido convocada da forma adequada e não ter se dissolvido após a promulgação da Constituição, como se espera que aconteça com todo o Poder Constituinte Originário, a intensa participação democrática na sua elaboração afasta qualquer acusação de ilegitimidade da Constituição. Da mesma forma, declarações que revelam que alguns artigos da Constituição não passaram por votação e foram inseridos após a finalização dos trabalhos da Constituinte – tal como teria passado com o art. 2º. de acordo com informações dadas pelo ex-Ministro do STF Nelson Jobim – também não maculam a sua legitimidade, haja vista o profundo enraizamento da Constituição da vida social brasileira. Sobre o tema, confira-se: SARLET, Ingo Wolfgang Sarlet. **A eficácia dos direitos fundamentais...**, p. 75.

⁹⁰³ BARROSO, Luís Roberto. Vinte Anos da Constituição Brasileira de 1988: o Estado a que chegamos. In: **Revista de direito do Estado**. Ano 3. nº. 10, abri/jun, 2008, p. 27.

⁹⁰⁴ CHUEIRI, Vera Karam de. Constituição Brasileira de 1988: entre constitucionalismo e democracia..., p. 414.

Nesse contexto de reconstrução, a extensão e o detalhamento da Constituição também se devem à necessidade de compor os interesses de diversos setores da sociedade e de assegurar que suas ideias sejam bem compreendidas. O resultado da reunião desses fatores é uma Constituição compromissória que, embora possua natureza principiológica, é composta por dois terços de regras que empreenderam um amplo processo de constitucionalização do direito. Praticamente todas as áreas do direito foram disciplinadas constitucionalmente, algumas delas possuem disciplina constitucional tão minuciosa que amarra quase completamente o legislador ordinário, tal como se passa com o direito tributário e financeiro.

Tal processo de constitucionalização do direito tem suas virtudes, sendo a principal delas a vinculação da interpretação do direito infraconstitucional à luz dos princípios da Constituição, o que ficou conhecido como *filtragem constitucional*⁹⁰⁵ e hoje é amplamente desenvolvida nos diversos ramos do direito, em especial pelo Direito Civil e, mais recentemente, pelo Direito Administrativo. No entanto, é preciso lembrar da lição de Daniel Sarmento e reconhecer que essa constitucionalização do direito promovida pela Constituição de 1988 também tem o seu lado negativo. Ao tratar, de forma detalhada, de todos os ramos do direito, o constituinte deixou pouco espaço para a política democrática e impôs para as gerações futuras um modo de compreender o direito contextualizado, “Em outras palavras, a constitucionalização do Direito em excesso pode ser antidemocrática, por subtrair do povo o direito de decidir sobre a sua vida coletiva.”⁹⁰⁶

A consequência de uma Constituição composta preponderantemente por regras, que não deixam espaço para a política democrática ordinária e ainda perde seu valor de forma rápida com o passar da história – e mais rapidamente ainda em tempos *pós-modernos* –, não podia ser outra senão uma Constituição que em vinte

905 Sobre o conceito de filtragem constitucional confira-se SCHIER, Paulo. **Filtragem Constitucional**: contributo para dogmática constitucional emancipatória. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1999.

906 SARMENTO, Daniel. Ubiquidade Constitucional: os dois lados da mesma moeda In: **Revista de Direito do Estado**. Rio de Janeiro: Renovar, Ano 1, nº. 2, abr./jun., 2006, p. 85. “Mas a Carta de 88 também tem seus defeitos, e um deles é especialmente grave: trata-se de uma Constituição excessivamente longa, prolixa, detalhista, pródiga em miudezas. Há exemplos óbvios: ‘O Colégio Pedro II, localizado na cidade do Rio de Janeiro, será mantido na órbita federal’, art. 242, § 2º, CF. Abundam normas casuísticas editadas para a proteção de interesses corporativos – polícias, antigos membros do Ministério Público, donos de cartórios e etc. Em certas áreas, como a Previdência Social, regime dos servidores públicos e sistema tributário, o nível de detalhamento chega as raias do absurdo.” (Idem, p. 96).

anos de vigência sofreu mais de cinquenta emendas, sendo que a grande maioria completa ou altera o texto constitucional com disciplinas minuciosas e conjunturais⁹⁰⁷. O ideal seria uma Constituição mais modesta, uma Constituição que possibilitasse mais espaço para o diálogo e para a decisão democrática.

No entanto, embora a Constituição seja prolixa e repleta de regras, ainda assim ela deixa espaço para o diálogo constitucional, um espaço para ser *reconstruída mediante a interpretação pública*, pois configura-se como um *sistema jurídico aberto composto por regras e princípios* cuja finalidade é a de organizar o Estado e garantir direitos fundamentais. Como ensina Canotilho, a ideia de *sistema jurídico aberto composto por regras e princípios* precisa ser “descodificada”, e ninguém melhor do que o próprio Canotilho para realizar essa tarefa.

“(1) é um sistema jurídico porque é um sistema dinâmico de normas; (2) é um sistema aberto porque tem uma **estrutura dialógica** (Caliess), **traduzido na disponibilidade e capacidade de aprendizagem das normas constitucionais para captarem a mudança da realidade e estarem abertas às concepções cambiantes da ‘verdade’ e da ‘justiça’**; (3) é um sistema normativo porque a estruturação das expectativas referentes à valores, programas, funções e pessoas, é feita através de normas; (4) é um *sistema de regras e de princípios*, pois as normas do sistema tanto podem revelar-se sob a forma de *princípios* como sob a sua forma de regras.”⁹⁰⁸ (grifou-se)

Para o funcionamento adequado do sistema constitucional democrático é imprescindível a existência de regras e princípios. Os princípios possibilitam a abertura do sistema, fazendo com que a Constituição seja um espaço de discordância, que sejam revistas as antigas ideias e incluídas novas perspectivas e novos interesses de uma sociedade pluralista; ou seja, os princípios viabilizam a abertura necessária para uma *reconstrução permanente das normas constitucionais*. Já as regras asseguram que os procedimentos fundamentais da sociedade sejam observados de forma estrita, tal como o processo democrático e o processo legislativo, de modo que a produção do direito e a própria reconstrução da Constituição se dê através de um procedimento democrático e transparente. Tal composição é fundamental porque permite ao sistema constitucional “*respirar, legitimar, enraizar e caminhar*.”⁹⁰⁹ Por essa razão, embora a Constituição de 1988 seja analítica e repleta de regras, a abertura proporcionada pelos princípios autoriza que seja compreendida como uma *norma aberta em permanente reconstrução*.

⁹⁰⁷ Idem, Ibidem.

⁹⁰⁸ **Direito Constitucional e Teoria da Constituição...**, p. 1159.

⁹⁰⁹ Idem, p. 1163.

Deve-se frisar, entretanto, que a abertura da Constituição, que a transforma em um espaço de luta e debates democráticos, não exclui a sua natureza *dirigente*, pois, ao mesmo tempo em que permite que a sociedade escolha o seu próprio caminho pautada por valores como a liberdade, a igualdade, a dignidade e a justiça social, a Constituição de 1988 também indica os objetivos e as metas que a sociedade brasileira deve cumprir para incorporar definitivamente esses valores constitucionais na sua realidade. A Constituição de 1988 é dirigente porque estabelece um projeto de futuro que deve ser reconstruído democraticamente a partir da abertura do sistema constitucional e do seu comprometido com valores fundamentais.

É imprescindível anotar que a Constituição de 1988 possui outra característica fundamental: vincula os Poderes Públicos e a sociedade, assumindo um compromisso com a democracia e com o pluralismo através da incorporação de valores e princípios que defendem as liberdades e a inclusão social. Nesse sentido, a Constituição estabelece as condições para a emancipação, já que possibilita que grupos marginalizados lutem e reivindiquem seus direitos como cidadãos autônomos. Não é a toa que ficou conhecida como “Constituição Cidadã”⁹¹⁰.

Ainda, é importante lembrar que a Constituição de 1988, que se caracteriza como um *sistema jurídico aberto de regras e princípios* e que dispõe de diretivas e direitos com grande potencial emancipador, é uma constituição *substantiva*; o que se tem à disposição para a reconstrução mediante a interpretação pública são os valores morais da sociedade brasileira, como a liberdade, a igualdade, a dignidade, a solidariedade e a justiça social. Reconhecer a dimensão substantiva da Constituição implica afastar concepções de jurisdição constitucional como as propostas por Ely, e reconhecer, ao lado de Dworkin, que toda a interpretação da Constituição é, necessariamente, uma *leitura moral* de valores substantivos elegidos pela sociedade brasileira⁹¹¹.

⁹¹⁰ Como explica Barroso, “*Constituição Cidadã* foi o título de discurso proferido por Ulysses Guimarães, na presidência da Assembleia Constituinte, em 27 de julho de 1988, onde afirmou: ‘Repito: essa será a Constituição cidadã, porque recuperará como cidadãos milhões de brasileiros, vítimas da pior das discriminações: a miséria.’” (Vinte Anos da Constituição Brasileira de 1988..., p. 35).

⁹¹¹ Conforme ensina a Professora Vera Karam de Chueiri, os princípios fundamentais da Constituição de 1988 “demandam uma leitura moral e política. Neste sentido, os leitores e intérpretes da Constituição brasileira devem compreendê-la não como moral e politicamente neutra, mas ao contrário com um texto comprometido com determinado contexto...” Por isso, toda controvérsia constitucional “... demanda de seus intérpretes uma decisão acerca de qual o sentido dos princípios

Portanto, se a Constituição 1988 é constantemente reconstruída através da interpretação pública que se viabiliza em razão da sua abertura e compromisso com a democracia, pode-se dizer que a Constituição brasileira em 2009 não é mais exatamente a mesma Constituição que foi promulgada em 5 de outubro de 1988, não apenas em razão das emendas incorporadas pelo seu texto, mas especialmente em virtude dos processos de interpretação deflagrados durante esse período que reconstruíram os valores morais nelas inseridos. A afirmativa evidencia-se diante de dispositivos constitucionais que foram reconstruídos ao longo de vinte anos pela jurisprudência do STF, tal como se passou com o mandado de injunção⁹¹², com a liberdade de imprensa⁹¹³ e outros; todos reconstruídos a partir de um forte influxo democrático e doutrinário.

Diante deste cenário, compartilha-se com Clèmerson Merlin Clève a compreensão da Constituição de 1988 como um *espaço de luta democrático*:

“A Constituição, atualmente, é o grande espaço, o grande lócus onde opera a luta jurídico-política. O processo constituinte é, agora, um processo que se desenvolve sem interrupção, inclusive após a promulgação, pelo Poder Constituinte, de sua obra. A luta que se trava no seio da Assembleia Constituinte, após a elaboração do documento constitucional, apenas se transfere para o campo da prática constitucional (aplicação e interpretação). Por isso a Constituição há de ser visualizada como processo e como espaço de luta.”⁹¹⁴

Assim, como a Constituição de 1988 é um projeto aberto à *reconstrução democrática*, ela não é algo pronto e acabado, oferecendo diversos caminhos para alcançar os objetivos fundamentais do Estado brasileiro. Passa-se, então, a apresentar o sentido e o alcance dos principais pilares da Constituição que influenciam diretamente na compreensão do papel da jurisdição constitucional na perspectiva da *democracia deliberativa*: a República, o Estado de Direito, a

lá implicados (dignidade da pessoa humana, igualdade, liberdade, etc) pode melhor traduzir, radicalmente, os nossos compromissos republicanos e democráticos.” (A Constituição Brasileira de 1988: entre constitucionalismo e democracia..., p. 417).

⁹¹² A primeira interpretação do STF ao direito mandado de injunção esvaziava completamente esse direito sob o argumento central do princípio da separação de poderes. Contudo, em 2007, uma revisão na jurisprudência passou a interpretar o mandado de injunção a fim de conceder-lhe efetividade.

⁹¹³ Na ADPF nº. 131, o STF interpretou a liberdade de expressão como um valor absoluto do ordenamento jurídico que não poderia ser restringido por lei infraconstitucional.

⁹¹⁴ **A Fiscalização Abstrata da Constituição**..., p. 23.

Democracia, a Separação de Poderes e o regime jurídico dos direitos fundamentais⁹¹⁵.

Logo no primeiro artigo da Constituição de 1988 encontram-se os principais elementos caracterizadores do Estado Brasileiro. Vive-se em uma *República Federativa*, que se constitui através de um *Estado Democrático de Direito*. Mas, afinal, o que se deve entender por esses princípios fundamentais? O que significa viver em uma República, em um Estado Democrático de Direito?

A República

O princípio da República, sedimentado na ordem constitucional brasileira no plebiscito realizado em 21 de abril de 1993⁹¹⁶, opõe-se ao princípio monárquico afirmando que o poder é do povo, o qual é responsável pela administração da *res publica*, portanto, afirmando a noção de *governo do povo e para o povo*⁹¹⁷. Nesse sentido, o princípio republicano reflete o ideal de autonomia pública do povo brasileiro, um povo que se auto-governa através de instituições políticas geridas pela participação dos próprios cidadãos brasileiros⁹¹⁸.

Em um Estado Republicano a investidura em cargos públicos deve ser feita através de forma democrática, os governantes devem atuar com transparência e responsabilidade e o poder deve ser exercido por mandatos temporários e rotatórios, sendo ocupados através de eleições periódicas em que todos possam concorrer em condições de igualdade, conforme os critérios constitucionais e infraconstitucionais. Ninguém melhor para definir a noção de República do que Geraldo Ataliba:

“*República* é o regime político em que exercentes de funções políticas (executivas e legislativas) representam o povo e decidem em seu nome, fazendo-o com responsabilidade, eletivamente e mediante mandatos renováveis periodicamente. São, assim, características da República a **eletividade, a periodicidade e a responsabilidade**. A eletividade é instrumento de representação. A periodicidade assegura a fidelidade aos

⁹¹⁵ Note-se que em razão da necessária delimitação do tema, outros importantes fundamentos, tal como a Federação, não serão trabalhados nas linhas a seguir, o que não implica na redução da sua importância.

⁹¹⁶ Na mesma ocasião que se escolheu também o regime presidencialista, conforme dispunha o art. 2º do ADCT alterado pela Emenda Constitucional nº. 02 de 1992.

⁹¹⁷ SILVA, José Afonso. **Comentário Textual à Constituição**. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 34.

⁹¹⁸ Canotilho conceitua o princípio republicano afirmando que “... a *República* significa uma *comunidade política*, uma ‘unidade colectiva’ de indivíduos que se autodetermina politicamente através da criação e manutenção de instituições políticas próprias assente na decisão e participação dos cidadãos no governo dos mesmos (*self-government*).” (**Direito Constitucional e Teoria da Constituição**..., p. 224)

mandatos e possibilita a alternância no poder. A responsabilidade é o penhor da idoneidade da representação popular.”⁹¹⁹ (grifou-se)

A ideia de governo republicano permeia todo o texto constitucional, especialmente nos dispositivos que se referem à fiscalização orçamentária e financeira (arts. 30, inc. III, 31, 35, inc. II e 70 a 75), à composição do Poderes Legislativo (arts. 44 a 47) e Executivo (28, 29, inc. I, 82). No entanto, vai na contramão do ideal republicano o art. 14, § 5º com redação dada pela Emenda nº. 16 de 1997, o qual permitiu a reeleição dos chefes do Executivo nos três esferas da federação. Ainda, é curioso que embora a importância do princípio republicano para a construção de uma sociedade democrática, o constituinte não tenha o incluído no elenco das cláusulas pétreas, embora tenha autorizado a intervenção federal no caso de sua violação (art. 34, inc. VII, al. a).

O princípio republicano está intimamente relacionado com a *democracia deliberativa*, uma vez que as decisões de um governo republicano são decisões tomadas coletivamente através de instituições políticas compostas por cidadãos que promovem um debate público, aberto e transparente em que toda a sociedade pode intervir em condições de liberdade e igualdade, de modo que a discussão possa levar à melhor decisão possível para todos. Nesse sentido, Canotilho explica que “A República é ainda uma ordem de domínio – de pessoas sobre pessoas –, mas trata-se de um domínio sujeito à deliberação política de cidadãos livres e iguais. Precisamente por isso a forma republicana de governo está associada à ideia de democracia deliberativa.”⁹²⁰

Portanto, o princípio republicano pode ser considerado um primeiro indício de que a Constituição assimila um modelo deliberativo de democracia. No entanto, fazer tal afirmação de forma categórica seria precipitado. Por isso, é necessário dar continuidade à leitura dos fundamentos constitucionais elegidos.

Estado Democrático de Direito

No que tange ao princípio fundamental do Estado Democrático de Direito, opta-se por fazer uma análise em duas etapas: na primeira referindo-se ao

⁹¹⁹ ATALIBA, Geraldo. **República e Constituição**. 2ª ed. São Paulo: Malheiros, 1998, p. 13.

⁹²⁰ CANOTILHO, **Direito Constitucional e Teoria da Constituição...**, p. 224-225.

significado do Estado de Direito e na segunda ao significado da democracia no âmbito da Constituição de 1988.

Estado de Direito

O princípio fundamental do Estado de Direito é compreendido, tradicionalmente, por sua função estruturante, como o Estado que age dentro da lei e nos limites da lei, isto é, um Estado regido por uma ordenação racional e vinculativa de normas e procedimentos que visam evitar o arbítrio. Nesse sentido, o Estado de Direito é conhecido como o Estado em que o governo é das leis e não dos homens. Assim, a sua primeira exigência é que tudo e todos se submetam à lei e à jurisdição. No entanto, no âmbito de um Estado Constitucional, o Estado de Direito não se reduz à legalidade, destaca-se aqui a exigência de que tudo e todos devem submeter-se também, e especialmente, à Constituição⁹²¹, por isso, o controle de constitucionalidade assume a função de um mecanismo especial de proteção do Estado de Direito.

No texto da Constituição de 1988 o Estado de Direito pode ser observado por dois prismas.

Em um primeiro momento, o Estado de Direito remete a noção clássica de estrito cumprimento da lei através de condutas omissivas do Estado e da sociedade. Assim, o Estado de Direito, através da legalidade e da constitucionalidade, demarca um campo inviolável em que não é permitida nenhuma espécie de intervenção. Essa perspectiva do Estado de Direito transparece no art. 5º, inc. II ao estabelecer a seguinte *regra fundamental*: “ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei”. A mesma ideia de estrito cumprimento da lei pelo Estado e pela sociedade através de condutas omissivas pode ser extraída de todas as normas constitucionais e infraconstitucionais que garantem direitos individuais, como a liberdade de expressão, a inviolabilidade de domicílio, a proteção à intimidade e outros.

⁹²¹ SUNDFELF define o Estado de Direito como aquele “criado e regulado por uma Constituição (isto é, por norma jurídica superior às demais), onde o exercício do poder político seja dividido entre órgãos independentes e harmônicos, que controlem uns aos outros de modo que a lei produzida por um deles tenha de ser necessariamente observada pelos demais e que os cidadãos, sendo titulares de direitos, possam opô-los ao próprio Estado.” (**Fundamentos de Direito Público**. 4º. Ed. 7ª. tir. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 39)

Porém, o princípio do Estado de Direito não se concretiza apenas com condutas omissivas. A estrita observância da lei e da Constituição exigem que o Estado e a sociedade tenham uma postura ativa diante dos direitos, especialmente, no que tange aos direitos sociais. Ora, diante das normas de direitos sociais, o cumprimento do princípio fundamental do Estado de Direito só se materializa através da ação do Estado. Portanto, o Estado de Direito não pode ser visto apenas pela perspectiva do Estado Liberal como garantia da liberdade e propriedade em face dos arbítrios do Estado, é preciso compreendê-lo como uma garantia aos direitos sociais.

Ainda, deve-se destacar que o princípio do Estado de Direito é um instrumento de justiça contra o arbítrio e de proteção ao indivíduo, que ganha normatividade através dos conteúdos de direitos fundamentais específicos, tais como aqueles que expressam o direito à segurança jurídica⁹²² e que se encontram espalhados por todo o texto constitucional.

No tange à jurisdição constitucional, o princípio do Estado de Direito destaca que a atividade do juiz deve estar estritamente vinculada à lei e à Constituição. Contudo, na linha de Dworkin e diante de uma Constituição substantiva como a de 1988, aberta à interpretação reconstrutiva, entende-se que é preciso se afastar de uma leitura positivista do princípio do Estado de Direito e reconhecer que das normas constitucionais podem ser extraídos princípios morais da sociedade compatíveis com o texto constitucional e que seguem na direção da promoção dos seus objetivos e valores fundamentais da Constituição, embora não se encontram no seu texto.

Assim, princípios como a razoabilidade e a proporcionalidade, embora não decorram expressamente do texto da Constituição, podem ser compreendidos como princípios fundamentais do Estado de Direito brasileiro. Um exemplo prático e amplamente utilizado pelos Tribunais é o princípio da insignificância, pelo qual se entende que as condutas que não ofendem e não colocam em perigo concreto o bem jurídico não devem ser criminalizadas. Tal princípio não se encontra nem na Constituição, nem no Código Penal, entretanto, é um direito extraído da leitura moral feita do princípio da liberdade, razão pela qual a sua observância é uma exigência

⁹²² CLÈVE, C., Crédito-prêmio do IPI - eventual mudança de orientação jurisprudencial e princípio constitucional da segurança jurídica. In: **Revista Interesse Público**, nº 27, fls.136-157 Notadez: Porto Alegre, 2004. p. 140-141.

do Estado de Direito. Assim, entende-se que o Estado de Direito não se reduz ao texto da lei e da Constituição, já que uma interpretação reconstrutiva da Constituição comprometida com o incremento de seus valores fundamentais pode gerar direitos que podem ir além daqueles positivados no texto da Constituição e das leis, como é o caso do princípio da insignificância.

Por fim, destaca-se que nem todo Estado de Direito é um Estado Democrático, uma vez que o Estado de Direito é responsável pelo controle do poder, o que não implica que esse controle seja exercido através da participação popular. Felizmente, esse não é o caso do Estado de Direito brasileiro inaugurado pela Constituição de 1988, que além de assegurar desde logo o regime republicano e a própria democracia através da afirmação dos direitos fundamentais, explicita o seu compromisso com a democracia no art. 1º, *caput* e § único.

A democracia

A leitura isolada do princípio democrático disposto no *caput* do art. 1º não é muito reveladora. Extrai-se dali apenas que o Estado de Direito é também um Estado Democrático que se orienta pelo princípio republicano. No entanto, dando prosseguindo à leitura da Constituição encontram-se disposições que revelam com precisão o modelo de Estado Democrático pretendido pela Constituição. Já nos incisos do art. 1º, dois fundamentos são especialmente importantes para a conceituação de democracia: trata-se do compromisso com a cidadania (art. 1º, inc. II) e com o pluralismo político (art. 1º, inc. V).

A cidadania remete a um sentimento de pertença à sociedade, de interação no processo político em condições de igualdade e de liberdade. Neste sentido, a primeira, manifestação da cidadania refere-se ao cidadão como o titular de direitos políticos. No entanto, a cidadania como fundamento do Estado Democrático de Direito possui um sentido muito mais amplo; o cidadão titular do direito de votar e ser votado, é ele quem participa gestão da *res publica*, a qual é orientada por sua vontade, daí a existência de uma relação íntima entre o princípio republicano e cidadania, comprovando que sem cidadania não há República.

A cidadania na Constituição de 1988 opera com a lógica de uma “cidadania orgânica e não letárgica”⁹²³. O cidadão não é um consumidor de serviços prestados pelo Estado, pelo contrário, o cidadão ativo constitui elemento fundamental da democracia, sendo a própria condição de possibilidade de um espaço público pulsante. Por essa razão, entende-se que o cidadão é responsável pela definição dos rumos do Estado, serviços e políticas públicas que deve adotar em prol do interesse da coletividade. Nesta linha, são precisas as considerações de Paulo Bonavides:

“A posição passiva em face da coisa pública faz súditos e não cidadãos. A cidadania se manifesta pela via participativa, pelas exteriorizações de vontade de cada membro da sociedade política, legitimamente habilitado a intervir no processo decisório e governativo, mediante o qual se conduzem os negócios públicos debaixo do interesse da coletividade.

Essa noção de militância e concurso da vontade cidadã, que é posta logo em constante movimento e exercício, se faz requisito e pressuposto de formação de uma cultura política de cunho democrático até mesmo nas sociedades mais rudimentares e primitivas. Ela nos obriga, de caso pensado, a recusar e a fulminar aquelas fórmulas condicionais de preparação prévia do povo para a democracia, tão propaladas e preconizadas durante o séc. XIX, durante a vigência do Estado Liberal.”⁹²⁴

Contudo, não se pode imaginar que a cidadania nasce pronta. Por isso, ao colocar a cidadania como fundamento do Estado Democrático de Direito, a Constituição de 1988 assume um compromisso com a construção e o desenvolvimento da cidadania, o qual exige, além de uma série de direitos individuais e políticos, direitos sociais, como a educação e a saúde, que incrementem o exercício da cidadania tanto de forma quantitativa quanto qualitativa. Assim, a cidadania deve ser pensada como uma forma servir os excluídos e como um processo de inclusão. Como ensina José Afonso da Silva, a cidadania acompanha o desenvolvimento histórico do princípio democrático⁹²⁵, por isso na medida em que se aprimoram as qualidades cidadãs aprimoram-se também o próprio processo democrático.

Uma cidadania forte e ativa é fundamental para construção de uma sociedade democrática, uma vez que compõe as condições para a participação do processo político (direitos políticos, individuais e sociais) e consagra a autonomia

⁹²³ LEAL, Rogério Gesta. Perfis democrático-procedimental da jurisdição constitucional comunitária: uma possibilidade para o Brasil. In: **Filosofia no Direito e a Filosofia do direito**. Porto Alegre: Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica, 2007, p. 262.

⁹²⁴ BONAVIDES, Paulo. **A Constituição Aberta**. Belo Horizonte: Del Rey, 1993, p. 16.

⁹²⁵ **Comentário Contextual à Constituição...**, p. 35.

pública do cidadão brasileiro. Tal perspectiva da cidadania acentua-se quando se depara com uma noção de Constituição *como uma norma aberta em permanente reconstrução mediante a interpretação pública*, já que somente uma cidadania fortemente mobilizada é capaz de participar desse processo de reconstrução da Constituição, garantindo a sua revitalização e chancelando a gênese democrática do direito.

Deve-se acrescentar ainda que o próprio texto constitucional depende de uma cidadania ativa para ganhar vida, uma vez que a Constituição dispõe de diversos instrumentos processuais que visam dar efetividade aos seus princípios e que dependem da participação democrática dos cidadãos, seja através da participação direta, seja através de pressão política que pode ser exercida sobre o Poderes Públicos, inclusive sobre o Judiciário⁹²⁶. Apenas a título exemplificativo, lembra-se da ação popular (art. 5º, LXXIII) e das possibilidade de intervenção direta no processo legislativo, como plebiscito, o referendun e a iniciativa popular (art. 14, inc. I, II e III).

Ao colocar o pluralismo político como fundamento do Estão Democrático de Direito, a Constituição manifesta sua oposição aos regimes monolíticos e fechados e abre-se para a participação de todas as ideologias políticas, sendo parte substancial da realização do princípio democrático. Nesse sentido, José Afonso da Silva afirma que o pluralismo político não é “... apenas como uma nova maneira de afirmar a liberdade de opinião ou de crença, mas como um sistema que enraíza essa liberdade na estrutura social.”⁹²⁷ Da ideia de pluralismo político decorrem ainda outras ideias fundamentais à democracia, como a não discriminação, a vedação a condutas perfeccionistas, a aceitação de diversas concepções de bem, o *reconhecimento das diferenças* e a inclusão das minorias. O pluralismo político é condição para uma democracia saudável, uma vez que sem a pluralidade de opiniões e de opções o cidadão fica encurralado e perde a possibilidade de escolha. Entre uma democracia de partido único e uma ditadura não se vislumbram diferenças. Além disso, as qualidades epistêmicas da deliberação pública desaparecem quando não há possibilidade de divergência e dissensos viabilizada pelo pluralismo político.

⁹²⁶ CITTADINO, Judicialização da política, constitucionalismo democrático e separação de poderes. In: **A democracia e os Três Poderes no Brasil**. Luiz Werneck Vianna (org). Belo Horizonte: UFMG. Rio de Janeiro: IUPERJ/FAPERJ, 2002, p. 39.

⁹²⁷ **Comentário Contextual à Constituição...**, p. 40.

Mas, é o § único do art. 1º que explicita o modelo democrático adotado pela Constituição de 1988 com precisão. Vale a pena transcrevê-lo e fazer uma análise minuciosa de suas expressões: “Todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição”.

Todo poder emana do povo, portanto, o povo é fonte do poder e nele reside toda a soberania. Essa é informação é, sem dúvida, fundamental para a caracterização do regime democrático. No entanto, não se pode deixar de reconhecer que é também uma afirmação um tanto mística, pois, afinal, como pergunta com grande perspicácia Friedrich Müller, *quem é o povo?*⁹²⁸

Como explica Müller, o povo é fonte de legitimação mediata e imediata, é autor e destinatários das normas, possui direitos e deveres, legitima o ordenamento jurídico em um sentido amplo, em um sentido democrático. Esse sentido amplo engloba *todo o povo* e não apenas o *povo ativo*. Porém, o *povo como instância global de atribuição de legitimidade* “... é defensável somente quando ele é simultaneamente real: não em sistemas autoritários, em que o povo é fartamente invocado enquanto instância de atribuição, ao passo que depois só tem (des)valor ideológico, não mais função jurídica.”⁹²⁹ Portanto, o *povo como instância global de atribuição de legitimação* só pode servir de fundamento de legitimidade para a democracia quando na realidade ele coincidir com o *povo ativo*, isto é, aquele povo que é dotado de direitos fundamentais individuais e políticos,

“direitos que *fundamentam* uma sociedade libertária, um estado democrático. Sem a prática dos direitos do homem e do cidadão, o “povo” permanece em metáfora ideologicamente abstrata de má qualidade. Por meio da prática das *human rights* ele se torna, em função normativa, ‘povo de um país’, [“Staatsvolk”] de uma democracia capaz de justificação – e torna-se ao mesmo tempo ‘povo’ enquanto *instância de atribuição global*.”⁹³⁰

Ainda, destaca-se que o povo não é igual à maioria, a minoria também faz parte do povo e deve ser reconhecida como tal, especialmente nos debates que interferem nos interesses de toda a comunidade e que alimentam as expectativas de que a minoria possa se tornar maioria. Por isso, a exclusão da minoria do regime democrático deslegitima-o, reduzindo o povo a um ícone, pois a “A legitimidade

⁹²⁸ **Quem é o povo?** *A questão fundamental da democracia*. Tradução Peter Naumann: São Paulo: Max Limond, 2003.

⁹²⁹ Idem, p. 63

⁹³⁰ **Quem é o povo?** *A questão fundamental da democracia...*, p. 64.

somente pode advir da fundamentação no *povo real*, que é invocado pelo texto da constituição...”⁹³¹

Em síntese, o *povo* como fundamento de legitimidade do regime democrático deve acolher maiorias e minorias e ser dotado de direitos fundamentais para o exercício da democracia: direitos de liberdade, direitos políticos e direitos de igualdade. Caso contrário, o povo transforma-se em um mecanismo de justificação de tiranias, uma vez que o povo sem liberdade, sem direitos de participação e em situação de desigualdade, não é um povo capaz de consentir com o regime de governo, mas um povo por ele calado e manipulado.

Por essas razões, descobrir *quem é povo* a que se refere a Constituição brasileira é tarefa delicada. Em tese, o povo coincide com a totalidade de cidadãos ativos, uma vez que a todos é assegurado igual direito à participação no processo democrático em condições de liberdade. Contudo, a carência de direitos sociais, direitos que viabilizem o exercício dos direitos de liberdade e dos direitos políticos de forma efetiva e consciente, tal como o direito à educação, reduzem o *povo* a uma pequena elite que através de forte influência na política e nos meios de comunicação manipulam a massa, a qual sem direitos fundamentais permanece alienada.

Nesse sentido, Fábio Konder Comparato explica que aperfeiçoamento da democracia brasileira não depende apenas da ampliação dos mecanismos de democracia direta, uma vez que tais instrumentos “... não serão exercidos de fato pelo povo enquanto corpo coletivo unitário, mas sim pelos detentores do verdadeiro *kyrion* ou poder supremo efetivo, no seio do povo. Em suma, pelos oligarcas de sempre.”⁹³² Por isso, defende o autor que o povo só será a fonte de legitimidade da democracia quando “... forem sufocadas as fontes do poder oligárquico, as quais se encontram nas próprias estruturas das relações econômicas e sociais, notadamente as restrições práticas à instrução popular e o monopólio dos meios de comunicação de massa em mãos da minoria dominante.”⁹³³

Em função da carência de direitos fundamentais, que funcionam como pré-requisitos à democracia brasileira, entende-se que não se pode ficar satisfeito com uma democracia representativa pautada apenas em pressupostos procedimentais. O

⁹³¹ Idem, p. 105.

⁹³² Prefácio de **Quem é o povo?** *A questão fundamental da democracia...*, p 23-24.

⁹³³ Idem, p. 24.

Brasil está longe de ter uma democracia deliberativa, no entanto, a utilização desse modelo democrático que requer condições *procedimentais* e *substanciais* deve ser assumido como um *ideal normativo* para orientar os Poderes Públicos e a sociedade na construção de uma democracia mais efetiva, que é a única forma de reduzir as desigualdades sociais que marcam profundamente o país. É fato notório que sem direitos sociais mínimos, como a educação, saúde e moradia, não há democracia que se sustente e se desenvolva de forma adequada.

Retornando à Constituição, da continuidade do § único do art. 1º extrai-se que o povo o *exerce* [o poder] *por meio de seus representantes eleitos*. Muito bem, tem-se aqui o fundamento constitucional da democracia representativa. As regras do sistema democrático e os direitos políticos fundamentais para o seu exercício encontram-se elencadas nos art. 14 a 17, os quais garantem o sufrágio universal, o voto direto e secreto, o direito de votar e ser votado, as regras do jogo democrático e dispõem sobre as regras para a criação, fusão, incorporação e extinção dos partidos políticos, resguarda a soberania nacional, o regime democrático, o pluripartidarismo e os direitos fundamentais da pessoa humana.

Os partidos políticos são a ferramenta essencial do sistema representativo, servindo de mediação entre o cidadão e o governo. Como explica José Afonso da Silva o sistema partidário é *instável e fragmentado*. A instabilidade resta evidente na constante troca de partidos pelos políticos. Como consequência, a relação entre o Poder Executivo e o Legislativo resta profundamente afetada, já que o relacionamento entre esses Poderes deixa de ser institucional e passa a ser guiado por negociações individuais. Nesse sentido, lembra José Afonso da Silva de um episódio recente, mas corriqueiro:

“... o Presidente da República, para obter aprovação de matéria de interesse do governo e da coletividade, teve que, num espaço de dois ou três dias, receber e negociar com mais de trezentos congressistas. Isso sem falar nas exigências de cargos na administração, na concessão de canais de televisão e outras vantagens que sempre acompanham essas negociações que, como a recente experiência vem mostrando, conflui para a formação de corrupção sistêmica.”⁹³⁴

Já a fragmentação revela-se no grande número de partidos que compõe o Congresso Nacional, impedindo que o Presidente obtenha governabilidade sem ter de formar uma coalizão com pelo menos cinco partidos. Mesmo assim, não se tem a garantia de uma maioria estável, uma vez que a troca constante de partidos gera a

⁹³⁴ SILVA, José Afonso. **Comentários textuais à Constituição...**, p. 33.

necessidade de novas negociações, individuais e diretas cada vez que está em pauta um projeto do Executivo⁹³⁵.

A falta de estabilidade e institucionalização dos partidos políticos traz sérios problemas para a democracia em função da sua dificuldade de lidar com a separação de poderes, os quais ao invés de terem suas atividades pautadas por debates e decisões que visam aos interesses do povo, relacionam-se como o mercado: a base de negociações e trocas extremamente prejudiciais à democracia. Assim, José Afonso da Silva destaca que a governabilidade do Brasil, embora devesse estar calcada em uma democracia representativa organizada através de relações institucionais entre os Poderes da República, depende, na realidade, da capacidade de negociação e do quanto o Presidente está disponível para negociar⁹³⁶.

Um outro problema grave do sistema representativo brasileiro que deve ser destacado é a ausência de proporcionalidade no sistema eleitoral, que acaba violando a máxima de um homem um voto e ferindo gravemente a igualdade de participação dos cidadãos de diferentes Estados da Federação no processo político nacional. Ao estabelecer que nenhuma unidade da Federação terá menos que oito e mais de setenta deputados, o art. 45, § 1º provoca uma séria lesão ao princípio da igualdade, fundamento de qualquer sistema democrático e que ganha maior relevância no sistema representativo, pois o voto de um cidadão de um Estado muito populoso acaba tendo valor inferior ao voto de um cidadão de um Estado pouco populoso.

No entanto, o sistema democrático brasileiro não se fundamenta apenas na representação. Na continuidade do § único do art. 1º lê-se que o povo exerce o poder por meio de seus representantes *ou diretamente*. Desse modo, a Constituição dá abertura a mecanismos de democracia direta, aproximando o povo das decisões fundamentais da sociedade e aprimorando o valor da autonomia pública. Deve-se lembrar que a democracia direta também deve seguir os preceitos da transparência e da responsabilidade, comprometendo-se com o bem da sociedade, uma vez que não é compatível com o princípio republicano uma participação democrática egoística, fechada, opaca e irresponsável.

⁹³⁵ Idem, p. 34.

⁹³⁶ Idem, Ibidem.

Ao falar que o poder pode ser exercido *diretamente*, a Constituição abre a oportunidade para a que democracia realize-se através de instrumentos de democracia participativa⁹³⁷. Na própria Constituição encontram-se uma série de instrumentos que incentivam a participação democrática, estando dentre os mais simbólicos (mas também com pouquíssima utilização) o plebiscito, o referendo e a iniciativa popular, todos elecandos nos incisos do art. 14⁹³⁸. Deve-se destacar, também, o direito fundamental à ação popular (art. 5º LXXIII), que possibilita que o cidadão intervenha judicialmente na gestão da *res publica* sem qualquer ônus; os direitos de participação dos trabalhadores nos órgãos públicos que estejam discutindo os seus direitos (art. 10) e nas empresas com mais de duzentos trabalhadores (art. 11); os direitos de participação na fiscalização orçamentária (arts. 30, § 3º e 74, § 2º), e a gestão participativa na previdência social, no ensino público e na proteção no patrimônio cultural (arts. 194, inc. VII; 206, inc. VI e 216, § 1º). Apesar da ampla possibilidade de participação democrática, o que se verifica, na realidade, é a pouquíssima utilização desses instrumentos pela população, a falta de estímulos, através da abertura de canais democráticos de fácil acesso, e a carência de direitos fundamentais, especialmente, os sociais, certamente colaboram para a timidez democrática do brasileiro.

Finalmente, o § único do art. 1º estabelece que o poder do povo será exercido por meio de representantes eleitos ou diretamente *nos termos desta Constituição*, evidenciando que o poder deve ser exercido nos limites e conforme a Constituição. Dessa forma, o regime democrático possui como o seu guia, e também como o seu limite, as normas constitucionais, sendo ilegítima qualquer decisão democrática que viole os preceitos constitucionais. O controle do exercício do poder democrático fica a cargo do controle de constitucionalidade e legalidade das leis,

⁹³⁷ Vale lembrar que a democracia deliberativa não é sinônimo de democracia participativa. A democracia deliberativa tomada como ideal normativo deste trabalho refere-se ao modo como a decisão é tomada, em debates amplos e abrangentes em que todos em condições de igualdade e liberdade. A qualidade deliberativa da democracia, pode destinar-se a aprimorar a democracia representativa (boas deliberações para eleição) e também a participativa (discussão antes de decidir através de referendo, plebiscito). A intenção é que todos possam participar das eleições, utilizem os mecanismos de democracia participativa e ingressem nos debates públicos para realizar um debate verdadeiro e sincero, que só é possível quando os indivíduos estão dotados de pré-requisitos *substanciais* que aptos a concretizar os valores da igualdade e da liberdade.

⁹³⁸ A iniciativa popular encontra respaldo também nos seguintes artigos da Constituição de 1988: 27, § 4º; 29, inc. XIII e 61, § 2º.

que deverá assegurar que a democracia ande dentro dos limites constitucionais e legais e decida conforme os seus valores.

Entretanto, não são só os dispositivos que possuem alguma referência direta ou indireta à democracia que caracterizam a democracia desenhada pelo constituinte de 1988. Além de explicitar o fundamento de legitimidade do sistema democrático e definir os seus procedimentos, o constituinte, ao assumir um compromisso com os direitos fundamentais, também assume o compromisso com uma democracia substantiva. E diferente não poderia ser, já que sem direitos fundamentais, os direitos à participação e o procedimento democrático tornar-se-iam inviáveis ou, pior, seriam um simulacro. Nesse sentido, Gilmar Mendes explica que:

“no plano das relações concretas entre o Poder e o indivíduo, considera-se democrático aquele Estado de Direito que se empenha em assegurar aos seus cidadãos o exercício efetivo não somente dos direitos civis e políticos, mas também e sobretudo dos direitos econômicos, sociais e culturais, sem os quais de nada vale a solene proclamação daqueles direitos.”⁹³⁹

Portanto, a concretização da democracia no Brasil possui dependência direta com a realização dos direitos fundamentais individuais e sociais. A Constituição já fez sua parte, assegurou um amplo rol de direitos fundamentais que funcionam como pressupostos à democracia. Falta, agora, os Poderes Públicos e a sociedade fazerem a sua parte, tanto para a proteção dos direitos individuais como para a promoção dos direitos sociais. Dois exemplos são significativos.

O primeiro refere-se à proteção da liberdade de expressão, direito sem o qual não existe democracia. Grandes avanços foram alcançados nos últimos meses, no entanto, um problema estrutural permanece: o monopólio dos meios de comunicação por uma pequena elite. A falta de democratização da informação e a ausência de uma mídia imparcial e comprometida com a democracia é um problema gravíssimo, pois impede que o cidadão obtenha informações de qualidade, necessárias para a formulação de pensamentos críticos.

A democratização dos meios de comunicação é pressuposto à democracia, pois o seu oposto, o monopólio, é pressuposto de ditaduras. Nesse sentido Marçal Justen Filho lembra que “Uma característica marcante do fascismo reside na obtenção e manutenção do poder com base na adesão de amplos estratos da

⁹³⁹ **Curso de Direito Constitucional...**, p. 149.

população. Isso é obtido especialmente por meio da utilização intensiva dos meios de comunicação, que eliminam a divergência e propiciam a neutralização das críticas.⁹⁴⁰ Não é a toa que Paulo Bonavides considera a mídia, que deveria ser uma condição para democracia, um bloqueio à democracia brasileira⁹⁴¹, bloqueio que se aprofunda nos tempos da inversão entre o público e o privado e de sociedade do espetáculo⁹⁴².

O segundo problema é antigo e amplamente conhecido: a ausência e a má qualidade da educação. Através da educação é que se formam cidadãos preparados para participar da vida pública de forma crítica e cooperativa; sem educação, como já disse Bonavides acima, tem-se apenas súditos, o que é uma barreira também para a efetivação dos valores republicanos⁹⁴³.

⁹⁴⁰ **Curso de Direito Administrativo...**, p. 21.

⁹⁴¹ **A Constituição Aberta...**, p. 50-65.

⁹⁴² A invasão da esfera privada e dos recursos midiáticos, principal instrumento da sociedade do espetáculo, na esfera pública têm sido o maior empecilho para o resgate de uma política democrática capaz de solucionar os conflitos enraizados na sociedade. Debord, que teve a sociedade do espetáculo como um de seus principais objetos de estudo, explicou que na sociedade contemporânea: "O espetáculo é ao mesmo tempo parte da sociedade, a própria sociedade e seu instrumento de unificação. Enquanto parte da sociedade, o espetáculo concentra todo o olhar e toda a consciência. Por ser algo separado, ele é o foco do olhar iludido e da falsa consciência; a unificação que realiza não é outra coisa senão a linguagem oficial da separação generalizada." (DEBORD, G. **A sociedade do Espectáculo**. Rio de Janeiro: Contraponto, p. 03. Disponível em: <http://br.geocities.com/mcrost12/>. Acesso em: 01 jul. 2008). Na sociedade do espetáculo, a política, fundamental à democracia, tornou-se apenas mais um entretenimento, pois não se pauta por recursos argumentativos e dialógicos, mas apenas pela força da persuasão possibilitada pelos recursos midiáticos. Como destaca Justen Filho "...os agentes políticos se tornam membros de um grande show, verdadeiros atores a desempenhar papéis buscando o aplauso dos expectadores. O universo dos artistas é ocupado não apenas pelos atores, mas também pelos políticos. O governante, que no passado foi uma manifestação divina, transforma-se no principal artista da Nação." Nesse sentido, observa o autor que os indivíduos já não são os protagonistas da esfera pública, mas restringem-se a meros espectadores do show da política midiática. Assim, o cidadão de sociedade do espetáculo não debate, não argumenta, não participa, assiste ao "jogo político" apresentado pelos telejornais sentado solitariamente em sua poltrona. Nesse instante, a política democrática é usurpada de sua essência e substituída pela discussão acerca da vida privada dos políticos. Como disse Bauman, chega-se a uma sociedade em que muitos vigiam poucos, em que os indivíduos assistem à comédia da vida privada dos políticos, pois já não há o *político*, já não há um interesse comum capaz de reconstruir a esfera pública. Utilizando-se a analogia proposta por Justen Filho, pode-se afirmar que a política tornou-se um verdadeiro Big Brother, onde "Os políticos se transformam numa espécie de atores profissionais, que desenvolvem com absoluta autonomia as suas personagens e se sujeitam a julgamentos populares periódicos. No *jogo político*, o paredão são as eleições populares." (JUSTEN FILHO, Marçal. **O Direito Administrativo do Espectáculo. Direito Administrativo: e seus novos paradigmas**. In: ARAGÃO, Alexandre Santos de; MARQUES NETO, Floriano Azevedo (Coord). Belo Horizonte: Fórum, 2009, p. 75). Não é demais dizer que essa política extingue a autenticidade da esfera pública como geradora de opinião e de consentimento público, esvazia a democracia e oprime o cidadão, uma vez que não exige a efetiva promoção de direitos fundamentais e o respeito à democracia.

⁹⁴³ Em virtude da importância da educação, algumas observações devem ser destacadas. Primeiro, como ressalta Marcos Augusto Maliska, um dos aspectos fundamentais da educação é sua

Em síntese: a Constituição define os pressupostos de uma democracia representativa e disponibiliza alguns instrumentos de democracia participativa. A vertente deliberativa da democracia no Brasil fundamenta-se na garantia constitucional dos direitos fundamentais, que são condições para uma participação democrática ampla e consciente. Em tempos de crise da democracia representativa, a deliberação democrática precisa ser incentivada pela jurisdição constitucional; não se trata de depositar nela mesma missão que foi confiada ao longo da história brasileira ao Imperador e ao Presidente da República, mas de defender uma postura ativa e comprometida com democracia na sua vertente deliberativa.

Separação de Poderes

O próximo fundamento da Constituição de 1988 que merece destaque e uma breve reflexão é o princípio da separação de Poderes plasmado no art. 2º da Carta Constitucional. Tal como se fez com a análise do art. 1º e seu § único, explorar-se-á o art. 2º por partes. Desse modo, é adequado que, primeiramente, seja retomado o conteúdo integral do princípio tal como foi disposto no art. 2º: “São Poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário”.

São Poderes da União, assim inicia a redação constitucional do princípio da separação de poderes, indicando que o poder político, que se caracteriza pela *unidade, indivisibilidade e indelegabilidade*, será distribuído entre diferentes órgãos

função de preparo para o exercício da cidadania; “A democracia tem na cidadania a sua base. O legítimo poder democrático é exercido quando a sociedade é composta por cidadãos ativos, cidadãos que exercem plenamente a sua cidadania, que não deve ser compreendida em um sentido formal e abstrato, mas como um conjunto de fatores que possibilita o controle do poder pela participação ativa dos envolvidos.” (**O Direito à Educação e a Constituição**. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 2001, p. 161). Democracia é, complementa Hesse, “um assunto de cidadãos emancipados, informados, não de uma massa de ignorantes, apática, dirigida apenas por emoções e desejos irracionais que, por governantes bem intencionados ou mal intencionados, sobre a questão do seu próprio destino, é deixada na obscuridade.” (HESSE, Konrad. **Elementos de Direito Constitucional da República Federal da Alemanha**. Tradução: Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1998, p. 133). A educação é pilar central da cidadania, por isso, adverte o constitucionalista lusitano Paulo Ferreira da Cunha: “Levemos a sério a Educação, que está na base de tudo. Não basta uma disciplina escolar de educação cívica. Toda educação deve prosseguir esse fim. O que implica ainda o fim dos mitos tecnicistas. É preciso saber técnicas, mais e melhor: mas subordiná-las às Humanidades, com as mãos à cabeça. *Stupid scientists* são piores ainda que ignorantes. E fáceis adeptos das ditaduras, que lhes parecem mais eficientes, e mais ‘matemáticas’... Logo, o melhor dos mundos.” (CUNHA, Paulo Ferreira. Crise do Direito e do Estado e Educação para os Direitos Humanos. In: **Direitos Humanos e Democracia**. CLÈVE, Clèmerson Merlin; SARLET, Ingo Wolfgang; PAGLIARINI, Alexandre Coutinho. (coord). Rio de Janeiro: Forense, 2007, p. 127).

especializados no exercício de determinadas funções⁹⁴⁴. Além disso, especifica que os Poderes de que trata a Constituição são os Poderes da União, conseqüentemente, cabe aos Estados federativos a organização de seus Poderes com respeito ao princípio da simetria (art. 25).

Os *Poderes da União* são o *Legislativo*, o *Executivo* e o *Judiciário*. Todos exercem funções típicas – legislar, administrar e julgar, respectivamente – e algumas funções atípicas, necessárias ao adequado desenvolvimento de suas funções e para o equilíbrio entre os Poderes⁹⁴⁵. Conforme estabelece o próprio art. 2º, esses Poderes são *independentes e harmônicos entre si*. De acordo com José Afonso da Silva, a *independência* significa que

“(a) a investidura e a permanência das pessoas num dos órgãos do governo não dependem da confiança nem da vontade dos outros; (b) que, no exercício das atribuições que lhes sejam próprias, não precisam os titulares consultar os outros, nem necessitam de sua autorização; (c) que, na organização dos respectivos serviços, cada um é livre, observadas apenas as disposições constitucionais e legais.”⁹⁴⁶

Já a *harmonia* entre os Poderes não autoriza a interferência de um Poder sobre o outro, a não ser quando o objetivo seja impedir abusos e arbitrariedades⁹⁴⁷ que coloquem em risco a liberdade e a democracia. Portanto, a separação de Poderes da Constituição não é rígida, e nem as funções e a independência entre os órgãos são absolutas, os Poderes submetem-se ao sistema de freios e contrapesos a fim de evitar desmandos e arbitrariedades.

Nesse sentido, o princípio da separação de poderes abre o caminho para o diálogo institucional, para um trabalho cooperativo em prol da realização dos direitos fundamentais – fim único que justifica a existência do Estado Democrático de Direito. Funciona, deste modo, como um instrumento que visa impedir que um Poder se

⁹⁴⁴ SILVA, José Afonso, **Comentários textuais à Constituição...**, p. 26.

⁹⁴⁵ Conforme explica Marçal Justen Filho, é possível vislumbrar no Brasil a existência de cinco Poderes, pois, embora formalmente integrantes do Legislativo e do Executivo, o Tribunal de Contas e o Ministério Público, respectivamente, possuem *autonomia estrutural*, isto é, “... têm estrutura organizacional própria e autônoma, e seus exercentes são dotados de garantias destinadas a assegurar seu funcionamento autônomo e o controle sobre os outros Poderes” e *identidade funcional*, “são dotados de funções próprias, inconfundíveis e privativas. As atribuições do Ministério Público e do Tribunal de Contas não podem ser exercitadas senão por eles próprios”, asseguradas pela própria Constituição (art.). “Enfim, são estruturas organizacionais autônomas a que correspondem funções inconfundíveis. Tudo o que caracteriza a existência de um “poder” está presente na disciplina constitucional do Ministério Público e do Tribunal de Contas. Só não têm a denominação formal de Poder”. (**Curso de Direito Administrativo...**, p. 28).

⁹⁴⁶ **Comentários textuais à Constituição...**, p. 44.

⁹⁴⁷ **Conflito entre poderes: o poder congressional de sustar atos normativos do Poder Executivo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994, p.14.

sobreponha aos demais, e não um obstáculo à interferência mútua pautada pelo respeito e pelo diálogo. Os instrumentos para uma atuação cooperativa entre os Poderes e os mecanismos que asseguram a possibilidade do controle mútuo a fim de evitar arbitrariedades são dados pela própria Constituição, confirmando, assim, que a independência entre os Poderes não significa o seu isolamento.

A desarmonia entre os Poderes não se configura, portanto, quando exercem suas atividades típicas e atípicas dentro dos limites traçados pela Constituição Federal. Por isso, o poder de veto do Presidente da República aos projetos de leis, a possibilidade de os parlamentares realizarem emendas a projetos de lei de iniciativa do Executivo, o exercício do controle de constitucionalidade e legalidade, as nomeações que o Executivo está autorizado a realizar para o Judiciário, a edição de súmulas vinculantes pelo Supremo Tribunal Federal (STF), o poder de fiscalização e julgamento do Legislativo através de Comissões Parlamentares de Inquérito e até mesmo a possibilidade de edição de medidas provisórias e regulamentos autônomos são atribuições legítimas dos Poderes da República.

O problema começa quando o exercício desmedido de atribuições, faculdades e prerrogativas constitucionais, bem como a atuação fora dos limites constitucionais, tornam-se casos flagrantes de uma relação institucional desarmonica. Exemplo emblemático e frequentemente denunciado pela doutrina é a utilização abusiva de medidas provisórias. Assim, lembra Moraes Filho que "... o uso indiscriminado do recurso às medidas provisórias constituiu, de fato, delegação indiscriminada de competências, a desatar a dissolução da ordenação democrática das funções constitucionalmente estabelecidas em 1988."⁹⁴⁸ O caso das medidas provisórias é um exemplo de mau funcionamento da relação institucional que se confirma com a conivência do STF, o qual ao ser chamado a cumprir sua função constitucional de contrapeso aos desmandos do Executivo, chancelou a sua postura sob o argumento fugaz de que não caberia ao Tribunal analisar os requisitos de relevância e urgência para a edição das medidas provisórias.

No entanto, não se pode deixar de reconhecer que embora a Constituição institua Poderes *independentes e harmônicos*, provendo-lhes instrumentos de funções atípicas e instrumentos de controle mútuo, o fato é que da forma como os Poderes foram organizados no Título IV da Constituição resultou em um

⁹⁴⁸ MORAES FILHO, José Filomeno. Separação de Poderes no Brasil Pós-88: Princípio Constitucional e Práxis Política..., p. 188.

desequilíbrio institucional extremamente prejudicial à democracia. É notório que o Poder Executivo foi dotado de poderes mais amplos e mais efetivos que os demais Poderes, seguindo a tradição brasileira de um Executivo forte e legitimando um sistema de governo hiperpresidencialista.

Dentre os superpoderes do Executivo que merecem destaque estão: *i)* a amplitude do poder para a edição de medidas provisórias, através da qual o Presidente dribla o Congresso e ao mesmo tempo interfere fortemente na sua agenda (art. 62); *ii)* a ampla iniciativa de leis complementares e ordinárias, com a possibilidade de enviar projetos com pedido de regime de urgência a fim de abreviar o seu trâmite legislativo (art. 64, § 1º); *iii)* a iniciativa privativa para a elaboração das leis orçamentárias, nas quais é vedado ao legislador inserir emendas que aumentem as despesas (art. 165 e art. 63, inc. I); *iv)* a iniciativa privativa para lei que modifique os efetivos das forças armadas (art. 60, §1º, inc. I); *v)* o controle do poder militar através da nomeação dos comandantes das Forças Armadas (art. 84, inc. XIII); *vi)* a edição dos controvertidos regulamentos autônomos (art. 84, inc. al. a e b).

A principal consequência que decorre desse conjunto de amplos poderes é a redução das margens para o debate democrático das decisões públicas, indo, deste modo, contra os anseios republicanos e democráticos por debates públicos e abertos. Dois exemplos são emblemáticos. O primeiro, ocorrido recentemente, foi o encaminhamento pelo Poder Executivo do projeto de lei para a regulamentação da exploração *pré-sal* em regime de urgência. O *pré-sal* é um exemplo típico de matéria de interesse público que deve ser submetida a um prévio e amplo debate democrático, ouvindo todos os interesses da sociedade e do Estado a fim de optar pela melhor decisão possível, uma vez que será uma decisão determinante para o futuro do país e poderá abrir as portas para a construção de uma sociedade mais justa e igualitária. Assim, encaminhá-lo em regime de urgência, o Executivo sufoca o debate democrático tão fundamental neste momento.

O outro exemplo já é clássico. Trata-se do quase monopólio do Executivo sobre o controle das verbas orçamentárias, uma vez que a elaboração, a arrecadação e a realização das despesas não passam por um debate democrático amplo, transparente e com a possibilidade verdadeira de participação pública. O retrato do autoritarismo do Executivo, em sede orçamentária, é captado com clareza com Luís Roberto Barroso:

“A competência do Executivo é máxima, já no momento da elaboração da proposta, até porque ele é quem detém os dados e as informações que permitem ordenar as estimativas de receitas e de despesas. Enviado o projeto de lei orçamentária para o Congresso, o poder de emenda dos parlamentares é extremamente reduzido e antes dá margem ao paroquialismo e ao fisologismo do que a discussões abertas e republicanas. Pior que tudo, uma vez aprovado o Orçamento – tido como meramente autorizativo, e não impositivo – o Presidente da República, de maneira discricionária sem dever de motivação, pode contingenciar as verbas, deixando de liberá-las e sem que tal decisão esteja sujeita a qualquer tipo de controle por parte do parlamento. À exceção dos repasses feitos por mandamento constitucional – como os do Legislativo, do Executivo, do Judiciário e do Ministério Público, dentre outros – as demais destinações são implementadas se e quando o Presidente desejar, a despeito da aprovação e vigência da lei orçamentária.

(...) De fato, ao contrário do que se passa em outros países, entre nós simplesmente não há debate público relevante acerca das grandes opções nacionais de gastos de investimentos. No ano de 2006, o orçamento foi aprovado cinco meses após o início do exercício, sem que houvesse qualquer consequência mais significativa e até mesmo sem que a maior parte da sociedade brasileira se desse conta.”⁹⁴⁹

O reflexo da expansão do poderes do Executivo é a redução da atividade legislativa pelo Poder Legislativo, que tem se concentrado em fiscalizações e investigações promovidas mediante as Comissões Parlamentares de Inquérito (art. 58, § 3º). Contudo, não se pode atribuir apenas ao esquema constitucional de distribuição de competências entre os Poderes da República o tímido papel que tem sido desempenhado pelo Poder Legislativo. A crise política que vem assolando o Congresso Nacional, nos últimos anos, e se intensificando a cada vez mais, fragiliza a democracia, conduzindo à perda da necessária identidade entre o povo e os seus representantes que fundamenta o sistema democrático representativo. Atualmente, o Poder Legislativo não é o espelho da opinião pública e não representa a maioria da sociedade brasileira, a qual acaba afastando da política democrática e nutrindo um profundo descrédito na sua capacidade de construir um país melhor. Por isso, mais do que nunca, é urgente a promoção de uma Reforma Política que resgate a legitimidade democrática do Poder Legislativo e viabilize uma “governabilidade” republicana.

Nesse cenário da política democrática brasileira, ganharam destaque os trabalhos do Poder Judiciário, o qual desde a promulgação da Constituição de 1988 vem participando cada vez mais das decisões públicas fundamentais para o país. Esse alargamento da esfera de atuação do Supremo Tribunal Federal é comumente chamado de *judicialização da política*, a qual, conforme explica Luís Roberto

⁹⁴⁹ Os vinte anos da Constituição..., p. 50. Sobre a relação nada democrática entre orçamento público e a população, confira-se MENDOÇA, Eduardo. Alguns pressupostos para o orçamento público conforme a constituição. **A reconstrução democrática do direito público no Brasil**. BARROSO, Luís Roberto. (org.). Rio de Janeiro: Renovar, 2007.

Barroso, nada mais é do que um ativismo judicial que se apresenta em três situações: “(i) a mudança de jurisprudência em temas relevantes; (ii) a utilização de institutos que ampliam o poder do Tribunal e (iii) o aumento da visibilidade política de suas decisões.”⁹⁵⁰ Nesse linha, explica o constitucionalista:

“Judicialização, entenda-se bem, não se confunde com usurpação da esfera política, por autoridades judiciárias, mas traduz o fato de que muitas matérias controvertidas se inserem no âmbito de alcance da Constituição e podem ser convertidas em postulações de direitos subjetivos, em pretensões coletivas ou em processos objetivos.”⁹⁵¹

Não se pretende aqui adentrar na calorosa discussão sobre a adequabilidade da *judicialização da política*⁹⁵². Por hora, basta frisar que a judicialização das relações sociais e, conseqüentemente, a judicialização da política, tem origem na própria Constituição. Ao dispor sobre diversos direitos fundamentais individuais, sociais e políticos e ao aumentar as possibilidades de acesso à justiça, a Constituição de 1988 promoveu uma verdadeira revitalização da cidadania, uma que vez colaborou decisivamente para a ampliação da conscientização dos cidadãos quanto aos seus direitos, instrumentos e instituições constitucionais à sua disposição.

⁹⁵⁰BARROSO, L. R. O Ano da Judicialização da Política. **Revista Direito do Estado** n.º 08, Rio de Janeiro, jan./abr., 2008. Disponível em: <http://www.lrbarroso.com.br/pt/noticias/RDE-008-EDITORIAL.pdf>. Acesso em: 20 abr. 2004.

⁹⁵¹ Os vinte anos da Constituição..., p. 54.

⁹⁵² Sobre a judicialização da política, Gisele Cittadino esclarece que “É importante ressaltar, em primeiro lugar, que esse processo de “judicialização da política” – por mais distintas que sejam as relações entre justiça e política nas democracias contemporâneas – é inseparável da decadência do constitucionalismo liberal, de marca positivista, exclusivamente voltado para a defesa de um sistema fechado de garantias da vida privada. O crescente processo de “juridificação” das diversas esferas da vida social só é compatível com uma filosofia constitucional comprometida com o ideal da igualdade-dignidade humanas e com a participação político-jurídica da comunidade. Em segundo lugar, ainda que o processo de judicialização da política possa evocar um vínculo entre “força do direito” e “fim da política” – ou seja, a ideia de que as democracias marcadas pelas paixões políticas estariam sendo substituídas por democracias mais jurídicas, mais reguladoras –, é preciso não esquecer que a crescente busca, no âmbito dos tribunais, pela concretização de direitos individuais e/ou coletivos também representa uma forma de participação no processo político. Finalmente, é importante considerar que se a independência institucional do Poder Judiciário tem como contrapartida a sua passividade – o juiz só se manifesta mediante provocação –, os tribunais estão mais abertos ao cidadão que as demais instituições políticas e não podem deixar de dar alguma resposta às demandas que lhe são apresentadas.” (Poder Judiciário, ativismo judiciário e democracia. In: **Alceu. Revista do Departamento de Comunicação Social** da PUC-RJ, vol.05, nº. 09, 2004, p. 106. Disponível em: http://publique.rdc.puc-rio.br/revistaalceu/media/alceu_n9_cittadino.pdf. Acesso em: 10.out. 2009). Sobre a questão, confira-se também CITTADINO, Judicialização da política, constitucionalismo democrático e separação de poderes. In: **A democracia e os Três Poderes no Brasil**. Luiz Werneck Vianna (org). Belo Horizonte: UFMG. Rio de Janeiro: IUPERJ/FAPERJ, 2002 e o profundo estudo empírico apresentado por Luiz Werneck Vianna, Maria Alice Rezende de Carvalho, Manuel Palacios Cunha Melo e Marcelo Baumann Burgos em **A judicialização da política e das relações sociais no Brasil**. Rio de Janeiro: Renavan, 199.

Diante de uma Constituição prolixa e compromissória, que empreendeu com vigor a constitucionalização de diversas áreas do direito, possibilitando que as demandas constitucionais desfrutassem de uma via jurisdicional difusa e uma concentrada, não se poderia esperar outro resultado senão uma jurisdição constitucional que, na missão de dar a última palavra sobre a interpretação constitucional, tem decido sobre quase tudo, desde os mais triviais problemas cotidianos até questões de alta relevância, como a interpretação dos direitos fundamentais, a constitucionalidade de políticas públicas, de planos econômicos, de projetos ambientais e até mesmo de emendas constitucionais⁹⁵³.

Como resultado da atribuição da realização do projeto constitucional ao Poder Judiciário, o maior perigo que se corre é criação de uma “cidadania ficta”, ou seja, de se entender que “... cidadania é simplesmente ter direito de bater às portas do Judiciário, mais especificamente do STF, nele depositando todas as esperanças e dele cobrando todas as responsabilidades”⁹⁵⁴. Entretanto, como o Poder Judiciário só intervém quando provocado, o regaste de uma cidadania verdadeiramente democrática e a transferências das demandas para políticas que hoje chegam ao Judiciário para o Poder Legislativo e Executivo, dependem da revitalização da política democrática, em especial, daquela promovida na esfera legislativa.

Diante desse quadro, não se pode esperar do Poder Judiciário, especialmente do STF, outra coisa senão decidir conforme os ditames constitucionais⁹⁵⁵, tendo sempre em mente que é através da ampla garantia de direitos fundamentais de todas as espécies que será possível aprimorar a política democrática e fomentar as discussões públicas, para que as decisões mais fundamentais da nação sejam travadas pelos legítimos representantes do povo.

⁹⁵³ Diversas várias emendas já forma objeto de controle de constitucionalidade, dentre elas destacam-se ECs nºs. 3/93, 15/96, 32/2000, 41/2003 e a 45/2004. Nesse sentido, Conrado Hübner Mendes observa que “Num Estado com uma Constituição tão minuciosa e multitemática, como o Brasil, é improvável que reformas constitucionais mais amplas escapem da necessidade de promover alguma alteração constitucional. Com cláusulas pétreas abertas, é também pouco provável que qualquer uma dessas reformas escape de uma revisão última pelo STF. Qualquer reforma dessa dimensão, reconfigura, pelo menos uma das três disposições: a forma federativa de Estado; a separação de Poderes; os direitos e as garantias individuais.” (MENDES, Conrado Hübner. **Controle de Constitucionalidade e Democracia**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008, p. 146-147).

⁹⁵⁴ TAVARES, André Ramos; CLÈVE, Clèmerson Merlin; SARLET, Ingo Wolfgang; STRECK, Lênio Luiz. E não é para cumprir a Constituição? **Jornal Gazeta do Povo**. Publicado em 09 de maio de 2009.

⁹⁵⁵ Idem, Ibidem.

Após essa brevíssima análise dos contornos do princípio da separação de poderes e de como tem se dado a relação entre eles, conclui-se que no âmbito da Constituição de 1988 “... não há lugar para a prática de um princípio rigoroso de separação.”⁹⁵⁶ Assim, entende-se que qualquer interpretação da separação de poderes como um princípio inflexível é uma interpretação arcaica, deslocada no tempo e que ignora o texto da Constituição.

Por isso, tendo em vista a superação do momento histórico em que se consolidou o princípio da separação de poderes, e considerando que toda a aplicação do direito envolve uma interpretação que é uma verdadeira reconstrução, é necessário repensar o princípio da separação de poderes dentro do contexto histórico contemporâneo, pois como bem ressalta Gilmar Mendes “... a sua sobrevivência como princípio, dependerá da sua adequação como prática, às exigências da sociedade aberta dos formuladores, intérpretes e realizadores da Constituição.”⁹⁵⁷

Essa exigência de uma releitura do princípio da separação de poderes é absolutamente compatível com as pretensões da Constituição de 1988. Nem mesmo a consagração do princípio da separação de poderes como uma cláusula pétrea pode impedir que esse princípio seja reinterpretado, e até mesmo revisto por meio de emenda à Constituição, a fim de aperfeiçoar o diálogo institucional entre os Poderes e entre esses e a esfera pública não institucionalizada. Nesse sentido, Marçal Justen Filho destaca que a tendência é que princípio da separação de poderes abra-se para o reconhecimento de novos órgãos autônomos que não poderiam sequer ser imaginados no séc. XVIII e que foram paulatinamente criados e assimilados, muitas vezes de maneira insatisfatória, na estrutura dos três poderes clássicos.

Lembra ainda o autor que seria recomendável que a Constituição de 1988 acolhesse a figura do *ombudsman* (*ouvidor do povo*), o qual seria escolhido mediante um procedimento democrático e teria função de controlar e defender o povo contra arbitrariedades do Poder Estatal. A figura do *ombudsman* contaria com

⁹⁵⁶ BONAVIDES, Paulo. **Ciência Política...**, p. 146.

⁹⁵⁷ **Curso de Direito Constitucional...**, p. 97. No mesmo sentido, Clèmerson Merlin Clève destaca que “As críticas formuladas contra a teoria do poder estatal dividido podem ser contornadas desde que se tome cuidado de relativizá-la suficientemente, adaptando-a às mutações pelas quais tem passado o Estado Moderno.” (CLÈVE, Clèmerson. Merlin. **Atividade Legislativa do Poder Executivo...**, p. 34).

as garantias próprias de qualquer exercente de função governamental e com uma estrutura administrativa autônoma, equiparando-se, portanto, a um Poder. De fato, a incorporação de um *ombudsman* provocaria uma alteração no princípio da separação de poderes que estaria em absoluta sintonia com os valores constitucionais, ampliando as possibilidades de diálogo democrático entre os Poderes Públicos e a cidadania⁹⁵⁸.

Embora exista uma tendência de flexibilização do princípio da separação de poderes, a sua existência no texto constitucional exige que seja preservado o núcleo fundamental e adaptado de acordo com os momentos históricos⁹⁵⁹. Assim, lembra Anna Cândida da Cunha Ferraz que “Paradoxal seria manter o princípio como base de uma organização política e concomitantemente excepcioná-lo ao ponto de desfigurá-lo totalmente; assim, mantido, na sua aplicação um mínimo de divisão funcional e um mínimo de especialização de funções devem ser mantidos, também.”⁹⁶⁰

Finalmente, deve ter claro que o princípio da separação de poderes não é um fim em si mesmo, mas uma forma de organizar o Poder do Estado voltada à proteção e à garantia dos direitos fundamentais e da democracia. Em face da complexidade do projeto constitucional brasileiro, que demanda dos Poderes Públicos a proteção e a efetivação de direitos fundamentais individuais e sociais, bem como da democracia, entende-se que somente com uma atuação cooperativa e republicana entre os três Poderes, será possível garantir a efetividade dos direitos fundamentais e o respeito à democracia. No presente trabalho, busca-se saber como o Poder Judiciário, mais especificamente, a jurisdição constitucional, pode cooperar e interagir com os demais Poderes para a promoção dos objetivos do

⁹⁵⁸ Ressalte-se que a Controladoria Geral da União e outros órgãos equivalentes, criados no âmbito dos diferentes entes federativos e órgãos administrativos, não se confundem com a figura do Ouvidor do Povo. O ponto fundamental reside na dimensão jurídica da autonomia de cada figura. Em alguns países, o Ouvidor do Povo é eleito diretamente, enquanto em outros há a escolha da autoridade por parte dos órgãos estatais. Mas a essência da figura reside na ausência de vínculo hierárquico em face de qualquer outro agente estatal, sendo a função desempenhada em regime de estabilidade que impede a demissão imotivada. Para compreender a diferença, basta observar que a Controladoria Geral da União, por exemplo, é um órgão vinculado diretamente à Presidência da República, sendo o Ministro-Chefe demissível a qualquer tempo, o que lhe retira a autonomia para exercer controle em face das autoridades do primeiro escalão político”. (JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de Direito Administrativo**. 3ª. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 30).

⁹⁵⁹ CLÈVE, Clèmerson. Merlin. **Atividade Legislativa do Poder Executivo...**, p. 43.

⁹⁶⁰ **Conflito entre poderes: o poder congressional de sustar atos normativos do poder executivo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994, 16.

Estado Democrático (deliberativo) de Direito e para o aperfeiçoamento das virtudes republicanas.

Direitos Fundamentais

Por último, é preciso dar uma brevíssima passada de olhos sobre o regime jurídico dos direitos fundamentais da Constituição de 1988. O objetivo aqui mais uma vez não é fazer um estudo detalhado sobre direitos fundamentais, mas apresentar o panorama geral e as possibilidades de trabalhar com noção de *constituição como norma aberta em permanente processo de reconstrução mediante a interpretação pública e a democracia deliberativa* diante do regime jurídico dos direitos fundamentais da Constituição de 1988.

Desse modo, o primeiro aspecto a se salientar é que a Constituição de 1988 inaugura uma nova era para os direitos fundamentais no Brasil, uma vez que lhe concede o valor e a importância que merecem. Isso já pode ser percebido através da análise da posição topográfica do catálogo de direitos fundamentais, o qual, pela primeira vez na história constitucional brasileira, é apresentado logo após o preâmbulo e os princípios fundamentais, assumindo um forte compromisso com toda a ordem jurídica objetiva, na medida em que a razão de ser e o objetivo do Estado de Democrático de Direito é a sua proteção.

Pode-se afirmar que os direitos fundamentais são decorrências da abertura e da irradiação do princípio fundamental da dignidade da pessoa humana, a qual ocupa o lugar central do sistema jurídico⁹⁶¹ e concretiza-se através da reunião dos direitos individuais, políticos e sociais (social, econômico e cultural), os quais consubstanciam a ideia de mínimo existencial⁹⁶². Nesse sentido, a dignidade da pessoa humana clama por direitos que assegurem a autonomia pública e privada do indivíduo, assim, José Afonso da Silva explica:

“Não basta, porém, a liberdade formalmente reconhecida, pois a dignidade da pessoa humana reclama condições mínimas de existência, *existência digna conforme os ditames da justiça social como fim da ordem econômica*. É de lembrar que constitui um desrespeito à dignidade da pessoa humana um sistema de profundas desigualdades, uma ordem econômica em que inumeráveis homens e mulheres são torturados pela fome, inúmeras crianças vivem na inanição, ao ponto de milhares delas morrerem em tenra idade. Não é

⁹⁶¹ BARCELLOS, Ana Paula de. **A eficácia jurídica dos princípios constitucionais...**, p. 173.

⁹⁶² BARCELLOS, Ana Paula de. *Idem*, p. 174.

concebível uma vida com dignidade entre a fome, a miséria e a incultura, a ‘liberdade humana com frequência se debilita quando o homem cai na extrema necessidade’.”⁹⁶³

Ao colocar o princípio da dignidade da pessoa humana como princípio fundamental do Estado Democrático de Direito (art. 1º, inc. III), o constituinte “... reconheceu expressamente que é o Estado que existe em função da pessoa humana, e não o contrário, já que o homem constitui a finalidade precípua, e não meio da atividade estatal.”⁹⁶⁴ Consequentemente, tratou de providenciar um amplo rol de direitos fundamentais que se concentra no art. 5º da Constituição e irradia-se por todo o seu texto⁹⁶⁵, formando um sistema aberto de princípios e regras que vinculam os Poderes Públicos e a sociedade.

Contudo, a extensão do rol de direitos fundamentais vai muito além do texto Constitucional. Tal como dispõe o art. 5º, § 2º, os direitos fundamentais formam um sistema aberto à incorporação de novos direitos⁹⁶⁶. Essa abertura revela o compromisso da Constituição com o futuro e com a democracia, uma vez que permite que as próximas gerações estabeleçam os direitos fundamentais adequados para o seu contexto histórico. Aliás, nem precisou de uma nova geração para que novos direitos ingressassem no sistema constitucional. Dois exemplos são explícitos: em 2000, a EC nº. 26 incluiu o direito fundamental à moradia no art. 6º e, em 2004, a EC nº. 45 instituiu o direito à razoável duração do processo (art. 5º, inc. LXXVIII) e deu abertura para que as normas de tratados internacionais sobre os direitos humanos, desde que aprovados com mesmo *quorum* exigido para as emendas constitucionais, ingressem no ordenamento jurídico pátrio com o *status* de

⁹⁶³ **Comentários Textuais à Constituição...**, p. 39.

⁹⁶⁴ **A eficácia jurídica dos direitos fundamentais...**, p. 115.

⁹⁶⁵ A extensão dos direitos fundamentais na Constituição de 1988 evidencia-se logo no Título II, o qual se refere a “Direitos e Garantias Fundamentais”, indicando que a fundamentalidade desses direitos vai além da esfera individual, albergando direitos sociais, difusos e coletivos. Não são poucos os direitos fundamentais espalhados pela Constituição de 1988, no entanto a maioria deles concentra-se a partir do art. 193, havendo importantes dispositivos anteriores, especialmente na ordem tributária, que consubstânciam verdadeiros direitos fundamentais. Nesse sentido, no julgamento da ADI nº. 939-7, de relatoria do Min. Sydney Sanches, em que se discutiu a criação do IPMF pela Emenda Constitucional nº. 3/93, consolidou-se o entendimento de que a anterioridade tributária (art. 150, inc. III, alínea b) é direito fundamental em função do disposto no art. 5º, § 2.

⁹⁶⁶ Defende Sarlet que os arts. 6º e 7º seriam “cláusulas especiais de abertura”, uma vez que são apenas um rol meramente exemplificativo de direitos sociais e de direitos do trabalhador, respectivamente. (Idem, p. 91).

emenda à Constituição, sedimentando assim, a compreensão da ideia de bloco de constitucionalidade (art. 5º, § 3º)⁹⁶⁷.

A abertura da Constituição promovida pelo art. 5º, § 2º consagra a possibilidade da identificação de novos direitos fundamentais através de uma interpretação reconstrutiva das normas de direitos fundamentais de textura aberta, ou seja, autoriza que através de uma leitura moral da Constituição possam ser extraídos novos direitos fundamentais. Nesse sentido, Sarlet defende que “... o conceito materialmente aberto dos direitos fundamentais consagrado pelo art. 5º, § 2º, da nossa Constituição é de uma amplitude ímpar, encerrando expressamente, ao mesmo tempo, a possibilidade de uma identificação e construção jurisprudencial de direitos materialmente fundamentais não escritos”⁹⁶⁸. Sérgio Moro, por sua vez, adota um posicionamento semelhante, defendendo que o § 2º do art. 5º autoriza a criação jurisprudencial de direitos fundamentais nos casos concretos em que se verifique a omissão do legislador⁹⁶⁹.

Perante as potencialidades do referido dispositivo, entende-se que ele vem reforçar e confirmar a abertura do sistema de direitos fundamentais que de certa forma já se encontrava aberto, uma vez que a mera consagração dos direitos fundamentais através de normas de textura aberta já era capaz de, por si só, justificar a incorporação de novos direitos através de uma leitura reconstrutiva da Constituição comprometida com a democracia e com os seus valores mais fundamentais. A abertura autorizada pelo art. 5º, § 2º garante uma dinamicidade fundamental para um texto cuja a pretensão é a permanência, pois autoriza que, através interpretações ao longo do tempo (e talvez também de acordo com o espaço), possam fazer desabrochar novos direitos.

Assim, se a reconstrução das normas de direitos fundamentais através da interpretação (reconstrução) judicial já era concebida por esse trabalho como atividade não só possível, mas inevitável e constante, com a abertura vislumbrada

⁹⁶⁷ De acordo com Sarlet há direitos formal e materialmente fundamentais e há direitos apenas materialmente fundamentais. Deste modo, a incorporação desses novos direitos na Constituição consagra formalmente direitos que já possuem fundamentabilidade material. Sobre a problemática da identificação dos conteúdos *substanciais* de direitos fundamentais e os critérios que devem ser utilizados para a sua identificação fora do texto constitucional, confira-se SARLET, Ingo Wolfgang. *Idem*, p. 99- 165.

⁹⁶⁸ *Idem*, p. 101.

⁹⁶⁹ **Desenvolvimento e efetivação judicial das normas constitucionais**. 2ª ed. São Paulo: Max Limond, 2001, p. 69.

pelo art. 5.º, § 2.º, essa possibilidade de reconstrução se consolida. É preciso frisar que o art. 5.º, § 2.º não é uma porta aberta para o ativismo judicial desenfreado, que autoriza a criação de direitos fundamentais de forma livre e independente do texto da Constituição, mas a confirmação de que o sistema de direitos fundamentais está aberto a novos direitos e a novas interpretações que potencializem os valores morais acolhidos pelo texto da Constituição. Um exemplo pode facilitar a compreensão dessa ideia e a amplitude que pode ser alcançada pela abertura promovida pelo art. 5º, § 2º da Constituição.

Quando a Constituição foi promulgada, em 1988, era impossível imaginar o alcance e a importância que a *Internet* iria alcançar. No entanto, já estava consagrada a fundamentabilidade do direito à liberdade de informação e expressão, do direito à educação e do direito à cultura. Passados vinte anos, o acesso à internet disseminou-se por todo o mundo, tornando-se uma ferramenta de extrema relevância à comunicação, à informação, à educação, à cultura. A importância da *Internet* hoje é flagrante; é comum ouvir de um cidadão que possui acesso livre à *Internet* que não saberia o que seria da sua vida sem ela. Enfim, a vida hoje, ao contrário de 1988, é inimaginável sem *Internet*.

Assim, é perfeitamente possível sustentar, com fundamento no art. 5º, § 2º, a fundamentabilidade do direito ao acesso à *Internet*, que por um lado manifesta-se como resultado de uma reconstrução do direito fundamental à informação, à educação e à cultura e, por outro lado, seria a própria condição de possibilidade para o exercício desses direitos. Vale lembrar, ainda, que a tendência é que o acesso à *Internet* seja cada vez mais importante para o exercício dos direitos fundamentais, neste sentido, recorda-se que a internet pode ser de grande utilidade para fomentar a participação e os debates democráticos, ou seja, pode ser uma verdadeira esfera pública democrático-deliberativa⁹⁷⁰.

Portanto, o direito de acesso à *Internet* é fruto e condição de direitos individuais e sociais, não sendo necessária emenda à Constituição para o seu reconhecimento, basta uma interpretação comprometida com os seus valores mais fundamentais. Deste modo, uma lei que restrinja o acesso à internet viola o direito

⁹⁷⁰ Um exemplo do potencial que a *Internet* oferece para a construção de uma esfera pública deliberativa atuante é dado pelo sítio www.votenaweb.com.br. Nele o cidadão pode acompanhar os projetos que são apresentados no Congresso Nacional, debater com os demais internautas e votar contra ou a favor dos projetos em discussão. Infelizmente, esse site, bem como as discussões públicas através da *Internet*, ainda são pouquíssimo utilizados.

fundamental à liberdade, à educação e à cultura. Da mesma forma, o acesso à internet incorpora o direito à educação, exigindo dos Poderes Públicos esforços no sentido de garantir o seu acesso em todas as escolas públicas do país.

Esse modo de compreender a abertura da Constituição, que teve como exemplo o acesso à internet, segue a linha de interpretação do art. 5º, § 2º de Menelick de Carvalho Netto:

“A identidade constitucional não pode se fechar, a não se ao preço de trair o próprio constitucionalismo como demonstra Michel Rosenfeld. O constitucionalismo, ao lançar na história a afirmação implausível de que somos e devemos ser uma comunidade de homens, mulheres e crianças livres e iguais, lançou uma tensão constitutiva à sociedade moderna que sempre conduzirá à luta por novas inclusões, pois toda a inclusão é também uma nova exclusão. E **os direitos fundamentais só poderão continuar como tais se a própria Constituição, como a nossa expressamente afirma no § 2.º do seu art. 5.º, se apresentar como moldura de uma processo de permanente aquisição de novos direitos fundamentais. Aquisições que não representarão apenas alargamento da tábua de direitos, mas, na verdade, redefinições integrais dos nossos conceitos de liberdade e igualdade, requerendo nova reeleitura de todo o ordenamento jurídico à luz das novas concepções de direitos fundamentais.**”⁹⁷¹ (grifou-se).

Essa possibilidade de reconstrução dos direitos fundamentais, que abre caminho para novos direitos através da interpretação das normas constitucionais de textura aberta, não encontra óbice no art. 60, § 4º, que elenca os direitos fundamentais individuais como cláusulas pétreas. A qualidade de cláusulas pétreas atribuída para os direitos fundamentais individuais não é um obstáculo para que eles sejam constantemente reconstruídos. A cláusula pétrea não é uma camisa de força para a interpretação dos direitos fundamentais; é apenas uma garantia de que os valores essenciais da Constituição não serão abolidos.

Essa constatação não possui muito sentido quando se tem vista a possibilidade de interpretar os direitos fundamentais para ampliar a sua margem de alcance. Mas, ganha relevância quando se discute se é possível reconstruir os direitos fundamentais concedendo-lhes interpretações mais restritivas ou até mesmo criando emendas constitucionais que mitiguem o seu conteúdo em prol de outro valor fundamental. Por isso, na linha de Oscar Vieira Vilhena, entende-se que os direitos fundamentais, assim como as demais cláusulas pétreas, só se justificam como direitos intangíveis quando se configurarem como condição para a autonomia pública e privada do cidadão, como condição para que “... o processo de

⁹⁷¹ MENELICK. A revisão constitucional e a cidadania: legitimidade do poder constituinte que deu origem à Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 e as potencialidades do poder revisional nela previsto. **Revista do Ministério Público Estadual do Maranhão**. São Luiz, nº. 9, jan./dez., 2002, p. 41-42.

emancipação humana, que o constitucionalismo democrático vem realizando, possa ser preservado e expandido ao longo do tempo.”⁹⁷². Assim, as cláusulas pétreas não são barreiras à democracia e não estão fora do debate democrático, servem apenas como um caminho para o aprimoramento do sistema constitucional democrático, possibilitando que cada geração escolha o seu próprio destino. Nessa perspectiva, Vilhena complementa advertindo que:

“As cláusulas constitucionais intangíveis apenas serão consideradas legítimas se servirem como elementos estruturantes, que habilitam e favorecem os cidadãos a se constituírem em sociedade como uma comunidade de indivíduos iguais e autônomos, que decidem ser governados pelo Direito. Não devem, portanto, ser compreendidas, ou mesmo utilizadas como instrumento de bloqueio absoluto de mudanças, de proteção de privilégios ou do *status quo*, mas como elementos que viabilizam a evolução da sociedade democrática e a promoção das mudanças necessárias na esfera constitucional, sem colocar em risco a sobrevivência daquelas liberdades de autonomia e participação digna. Não se pode negar à geração precedente o pretense direito de assegurar, para todo o sempre, uma situação de liberdade e igualdade – o que poderá fazer de diversas formas, entre as quais o direito constitucional e as cláusulas intangíveis, que ‘nos limitam minimamente para nos prevenir que limitemos nossos sucessores maximamente’.”⁹⁷³

Ainda, quanto às cláusulas pétreas, um importante debate doutrinário recaía sobre a sua verdadeira extensão, uma vez que o texto do § 4º do art. 60 refere-se apenas aos direitos individuais, fazendo com que uma interpretação literal afastasse do seu âmbito de proteção os direitos sociais, os direitos de nacionalidade, os direitos políticos e até mesmo os direitos de expressão coletiva expressos nos incisos do art. 5º. Diante da importância desses direitos e da inadequação de uma leitura textual e isolada dos dispositivos constitucionais, entende-se que a interpretação deve ser outra, deve ser uma interpretação comprometida com a totalidade e com os objetivos da Constituição.

Assim, com o emprego de uma interpretação sistemática da Constituição é possível justificar o acolhimento dos direitos sociais, de nacionalidade e políticos no âmbito das cláusulas pétreas⁹⁷⁴. Destaca-se, primeiramente, que desde o preâmbulo até o Título VIII, a Constituição compromete-se profundamente com os direitos sociais. Os fundamentos da República (art.1º, incs. I - soberania, II - cidadania, III - dignidade, IV - valores sociais do trabalho e da livre iniciativa e o V pluralismo político), bem como os seus objetivos fundamentais (art. 3º, especialmente, incs. I - a intenção de construir uma sociedade livre, justa e solidária e III - de erradicar a

⁹⁷² **A Constituição e sua reserva de justiça...**, p. 227.

⁹⁷³ Idem, p. 225-226.

⁹⁷⁴ Idem, p. 432.

pobreza e as desigualdades sociais regionais) demonstram que a identidade constitucional brasileira está profundamente marcada pelos direitos sociais, sem os quais perdem sentido os seus fundamentos e inviabilizam-se os seus objetivos.

Ademais, não se pode esquecer de que para a realização de uma democracia dotada de valor epistêmico, isto é, para uma democracia pautada pelas diretrizes procedimentais e substanciais do modelo deliberativo, é fundamental a tutela dos direitos sociais, os quais permitem o pleno usufruto dos direitos de liberdade e dos direitos políticos, capacitando o indivíduo a participar dos debates democráticos de forma consciente e crítica, bem como engajar-se na luta pelo respeito aos princípios republicanos.

Assim, tal como Sarlet, entende-se que os direitos fundamentais sociais podem ser considerados “cláusulas pétreas – autênticos limites materiais implícitos à reforma constitucional.”⁹⁷⁵ E diferente não poderia ser, uma vez que todos os direitos fundamentais da Constituição são, em última instância, direitos individuais e funcionam como a outra face dos direitos sociais. É preciso destacar, porém, que à medida que os direitos sociais, de nacionalidade e políticos também são cláusulas pétreas, eles não podem ser abolidos da Constituição, o que não significa que não possam ser reconfigurados ou restringidos.

Para encerrar a incursão no regime jurídico dos direitos fundamentais estabelecidos pela Constituição de 1988, restam duas observações que são de suma importância: os direitos fundamentais *vinculam* os Poderes Públicos e a sociedade, sendo a sua *aplicabilidade imediata* nos termos do art. 5º, § 1º.

Quanto à vinculação dos direitos fundamentais aos Poderes Públicos, embora não haja uma disposição explícita do texto constitucional de 1988, como há na Constituição Portuguesa (art. 1º, inc. III), não há menor dúvida de que tal vinculação é um mandamento constitucional, pois a única razão de ser dos Poderes Públicos é a garantia e a efetivação dos direitos fundamentais. Toda organização dos Poderes e todas as instituições que a Constituição apresenta no Título IV não são um fim em si mesmos, existem e são organizadas com um único objetivo: defender e promover os princípios fundamentais da República Federativa e do Estado Democrático de Direito e perseguir seus objetivos; funções que não se realizam senão através da vinculação incondicional aos direitos fundamentais de

⁹⁷⁵ Idem, p. 432-433.

todas espécies. Não se pode esquecer, por nem um segundo, que o Estado existe porque há direitos fundamentais que devem ser protegidos a fim de preservar a dignidade da pessoa humana, e não o contrário⁹⁷⁶.

Contudo, embora não seja necessário encontrar uma regra expressa determinando a vinculação dos Poderes Públicos aos direitos fundamentais, pode-se entender que ela decorre da imposição de aplicabilidade imediata dos direitos fundamentais estabelecida pelo art. 5º, § 1º. Nesse sentido, a vinculação dos Poderes Públicos aos direitos fundamentais se daria através de uma dimensão negativa e de uma dimensão positiva. Pela dimensão negativa os direitos fundamentais estão fora da esfera de disponibilidade dos Poderes Públicos, já pela dimensão positiva os Poderes Públicos devem ter sua atuação voltada à concretização dos direitos fundamentais⁹⁷⁷.

A vinculação aos direitos fundamentais aplica-se a todos os órgãos do Estado, inclusive ao Poder Judiciário e, por consequência, à jurisdição constitucional, a qual também está vinculada pelos direitos fundamentais de forma negativa e positiva. Pela dimensão negativa, a jurisdição constitucional está obrigada a negar a validade de todas as leis contrárias à Constituição, pela dimensão positiva é seu dever dar a máxima efetividade aos direitos fundamentais, interpretando a lei a sua luz⁹⁷⁸. A falta de concretização legislativa não pode ser um óbice para a vinculação dos juízes à eficácia imediata dos direitos fundamentais, que como bem lembra Barroso, também está autorizado a remover lacunas do direito em função do disposto no art. 4º da LICC⁹⁷⁹.

O debate sobre a aplicabilidade imediata dos direitos fundamentais, entretanto, tem se tornado cada vez mais sofisticado, merecendo um pequeno aprofundamento.

⁹⁷⁶ A ideia de que o Estado está vinculado aos direitos fundamentais conduziu a uma grande transformação no direito administrativo nos últimos anos. Passa-se a entender que o único *interesse público* que o Estado deve perseguir é a realização dos direitos fundamentais. Neste sentido, confira-se JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de Direito Administrativo**, p..., 53 e ss. Para uma perspectiva constitucional do Direito Administrativo, confira-se BINENBJOM, Gustavo. **Uma teoria do direito administrativo: direitos fundamentais, democracia e constitucionalização**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

⁹⁷⁷ SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia jurídica dos direitos fundamentais**..., p. 388-390.

⁹⁷⁸ Idem, p. 397.

⁹⁷⁹ BARROSO, Luís Roberto. **Direito Constitucional e Efetividade de suas normas**... p. 282-283.

Primeiro, é necessário esclarecer se há um paradoxo entre a aplicabilidade imediata dos direitos fundamentais, a existência de normas constitucionais programáticas e a disponibilização de instrumentos processuais como o Mandado de Injunção (MI) e a Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão (ADIO), os quais se destinam a garantia de efetivação de direitos que dependem de concretização legislativa para serem aplicados. Uma primeira resposta é dada por Eros Grau, quem soluciona o impasse afirmando que não há normas programáticas na Constituição de 1988, sendo que todas as normas são de aplicabilidade imediata, tanto é que a Constituição concedeu instrumentos como o MI e a ADIO para garantir tal aplicabilidade⁹⁸⁰.

Em oposição à interpretação de Eros Grau está o posicionamento de Ingo Sarlet, para quem o art. 5º, § 1º não muda o fato de existirem na Constituição normas que reclamam a ação dos órgãos públicos, especialmente do legislador⁹⁸¹. De fato, não é possível negar a existência de normas programáticas apenas em virtude do art. 5º, § 1º, o que complica ainda mais a interpretação do referido dispositivo⁹⁸².

Desse modo, é recomendável que seja analisado mais profundamente o alcance do art. 5º, § 1º. Novamente surge a questão: o referido dispositivo aplica-se apenas para os direitos de defesa ou pode estender-se aos direitos fundamentais de prestação?

⁹⁸⁰ **A ordem econômica na constituição...**, p. 322 e ss.

⁹⁸¹ **A eficácia jurídica dos direitos fundamentais...**, p. 279.

⁹⁸² Vale lembrar que o art. 5º, § 1º também não é uma norma de eficácia plena, conforme a tradicional classificação de José Afonso da Silva. A esse respeito é extremamente didática a explicação dada por Virgílio Afonso da Silva, conforme o autor o art. 5º, § 1º não é uma norma de eficácia plena “De um lado, porque a ideia de aplicabilidade imediata está presente, na classificação de José Afonso da Silva não somente no conceito de normas de eficácia plena, mas também no conceito de normas de eficácia contida. De outro, porque entre as normas previstas no art. 5º, § 1º - os direitos fundamentais - estão também as normas de direitos sociais, que são consideradas na classificação de José Afonso da Silva normas de eficácia limitada. Também incluem normas que José Afonso da Silva considerada como normas de eficácia contida, como é o caso da liberdade de profissão. Fica claro, portanto, que o conceito de eficácia plena não é baseado no art. 5º, § 1º, da constituição, nem esse garante a realização daquela.” (**O Conteúdo Essencial dos Direitos Fundamentais e a Eficácia das Normas Constitucionais**. Tese apresentada para concurso Professor Titular de Direito Constitucional da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 2005, p. 281).

A aplicabilidade do § 1º do art. 5º aos direitos fundamentais nele elencados que possuem dimensão de defesa⁹⁸³ é certa, independente de terem sido ou não regulamentados por lei, uma vez que não exigem uma contraprestação do Estado, mas uma abstenção. Também a aplicabilidade imediata dos direitos de prestação, que se localizam fora do catálogo do art. 5º, pode ser defendida. Para Sarlet, o art. 5º, § 1º aplica-se a todos os direitos fundamentais, pois a sua posição topográfica é decorrência de mau uso das técnicas legislativas. Tanto uma interpretação textualista quanto uma interpretação teleológica ou sistemática parecem conduzir a esse resultado⁹⁸⁴.

Todavia, enquanto o desacato à aplicabilidade imediata dos direitos à prestação pelos Poderes Executivo e Legislativo promove revolta e indignação, o desacato à aplicabilidade imediata desses direitos pelo Poder Judiciário suscita dúvidas e debates que giram em torno da seguinte problemática: pode o juiz determinar a efetivação do direito fundamental à saúde, por exemplo, determinado que o Poder Executivo pague um determinado tratamento médico? Ou então, pode um juiz determinar que o Estado aceite a matrícula de uma criança no ensino fundamental, ignorando a alegação de ausência de vagas, a fim de garantir o direito fundamental à educação? Nessas hipóteses, não estaria sendo violado o princípio da separação de poderes e ferida a democracia, uma vez que o juiz não tem legitimidade democrática para decidir no lugar do legislador ou do administrador? Não estaria o juiz ultrapassando os limites da *reserva do possível* ou violando outros direitos fundamentais em colisão com o direito assegurado?

Diante de situações como essas, Sarlet defende que não se deve adotar uma posição extremista em relação à aplicabilidade imediata dos direitos fundamentais, negar ou autorizar completamente a submissão dos juízes ao disposto no art. 5º, § 1º. Por isso, defende que o art. 5º, § 1º é uma regra geral, cabendo ao Poder Judiciário o preenchimento das lacunas legislativas, a não ser quando esbarre em limitações como as de ordem orçamentária⁹⁸⁵. Nesse sentido, Sarlet oferece uma solução que se apoia na doutrina de Robert Alexy para dizer que

⁹⁸³ São direitos de defesa os direitos ao não impedimento de ações por parte do titular do direito, direitos à não afetação de propriedades e situações do titular do direito, direitos à não eliminação de posições jurídicas. (**A eficácia jurídica dos direitos fundamentais...**, p. 295).

⁹⁸⁴ Idem, p. 274-275.

⁹⁸⁵ Idem, p. 283.

o art. 5º, § 1º possui natureza principiológica, funcionando como um mandado de otimização, isto é, impondo aos órgãos estatais o dever de trabalhar para lograr a máxima efetivação dos direitos fundamentais. Assim, o preceito possui uma presunção em favor da aplicabilidade imediata das normas de direitos fundamentais, de modo que “... a eventual recusa de sua aplicação, em virtude da ausência de ato concretizador, deverá (por ser excepcional) ser necessariamente fundamentada e justificada.”⁹⁸⁶

A interpretação do art. 5º, § 1º como mandato de otimização feita por Sarlet é objeto de crítica de Sérgio Moro, para quem essa interpretação pode ser uma justificativa para negar a efetividade dos direitos fundamentais, especialmente, dos direitos sociais⁹⁸⁷. Assim, prefere o autor a exegese do § 1º do art. 5º que implica aplicação imediata apenas dos direitos fundamentais individuais, defendendo uma flexibilização quando ao mandamento constitucional em relação às demais normas de direito fundamental, as quais permaneceriam sub-julgadas apenas ao princípio da efetividade⁹⁸⁸.

Embora a crítica formulada por Sérgio Moro a Ingo Sarlet seja absolutamente pertinente, entende-se que a solução de flexibilização da interpretação do art. 5º, § 1º, como uma norma que se aplica somente aos direitos do catálogo do art. 5º, permanecendo os direitos sociais vinculados pelo princípio da efetividade deve ser reparada. Primeiro, concorda-se com Sarlet que a aplicação do art. 5º, § 1º aos direitos sociais encontra obstáculos que não podem ser ignorados, como o argumento da *reserva do possível*. Entretanto, caso se entenda que a jurisdição constitucional está comprometida com a preservação da democracia e com a promoção de sua vertente deliberativa, o art. 5º, § 1º deve conduzir a aplicabilidade imediata dos direitos fundamentais sociais que funcionem como pré-requisitos aos direitos de individuais e aos direitos políticos fundamentais ao adequado desenvolvimento do processo democrático. Com apoio em Nino, defende-se, portanto, que sempre que as condições epistêmicas para a democracia deliberativa forem muito baixas, a jurisdição constitucional deve comprometer-se com a aplicabilidade imediata dos direitos fundamentais sociais.

⁹⁸⁶ **A eficácia jurídica dos direitos fundamentais...**, p. 285.

⁹⁸⁷ **Desenvolvimento e efetividade das normas judiciais...**, p. 69.

⁹⁸⁸ *Idem*, p. 72-73.

Para finalizar a análise do art. 5º, § 1º não se pode deixar de lembrar que ele fundamenta a *eficácia horizontal dos direitos fundamentais*, ou seja, que a sua vinculação alcança também os particulares, os quais nas suas relações privadas devem pautar-se pelos direitos fundamentais. Em uma sociedade que quer ser justa e solidária, nada melhor do que começar comprometendo-se com respeito aos direitos fundamentais para a consagração da dignidade da pessoa humana⁹⁸⁹.

Após essa breve análise do regime jurídico dos direitos fundamentais da Constituição de 1988, finaliza-se destacando que os direitos fundamentais individuais, sociais e políticos não consubstanciam apenas o núcleo essencial da dignidade da pessoa humana, mas desempenham um papel de extrema relevância para a garantia da democracia, na medida em que asseguram as condições necessárias para a autonomia pública e privada dos cidadãos. Os direitos fundamentais são, dessa forma, considerados condições de possibilidade da democracia deliberativa, pois garantem a igualdade e a liberdade necessárias para a participação no processo político democrático.

É sobre posição da jurisdição constitucional do Estado Democrático de Direito brasileiro diante desse potencial emancipador dos direitos fundamentais que versarão os tópicos a seguir.

3.2. A jurisdição constitucional brasileira como instrumento de defesa da democracia deliberativa

Em que pese os avanços trazidos pela Constituição de 1988, ainda há muito o que ser feito, especialmente no campo das condições materiais e comunicativas. É escandaloso o hiato entre a Constituição e a realidade. Mas a superação desse descompasso só é possível através da reunião de esforços do Estado e da sociedade que atuem de forma cooperativa, interpretando/*reconstruindo* a Constituição no sentido da sua verdadeira concretização. Essa empreitada pode ser fortalecida pelo incentivo do desenvolvimento de uma democracia que esteja além

⁹⁸⁹ Sobre a eficácia horizontal dos direitos fundamentais, confira-se SARMENTO, Daniel. **Direitos Fundamentais e Relações Privadas**. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2003 e SILVA, Virgílio Afonso da. **A constitucionalização do direito: os direitos fundamentais nas relações entre particulares**. São Paulo: Malheiros, 2005.

da participação sem verdadeira reflexão, de uma democracia crítica, reflexiva, debatedora, capaz de colocar à mesa diversas soluções e encontrar, em meio a dissensos, o melhor caminho possível para a realização da justiça social.

A jurisdição constitucional nessa tarefa tem papel determinante, uma vez que pode colaborar decisivamente, mantendo-se dentro do espaço de intervenção legítimo, com a construção dessa democracia deliberativa através de interpretações comprometidas com a plena efetividade dos direitos fundamentais e com a construção de uma sociedade livre, justa e solidária. Obviamente que tal tarefa prescinde de um forte diálogo institucional e encontra limites, pois a jurisdição constitucional não é o caminho certo para a construção de uma democracia deliberativa, a qual depende muito mais da vivacidade política, dos debates realizados no legislativo e na esfera pública, do que de decisões judiciais.

Assim, entende-se que a jurisdição constitucional pode colaborar apenas parcialmente com o desenvolvimento de uma democracia deliberativa no Brasil na medida em que exerce a sua função constitucional a partir de um compromisso forte e sério com a Constituição, com a defesa da democracia e dos direitos fundamentais. O fortalecimento dos pressupostos deliberativos da democracia é uma tarefa a ser enfrentada pela jurisdição constitucional com coragem e fidelidade aos valores constitucionais e à democracia.

Nesse contexto, são duas as principais linhas de intervenção legítimas da jurisdição constitucional: *i)* para garantir e promover o respeito aos procedimentos democráticos dotados de valor epistêmico e *ii)* para garantir e promover a efetividade das condições substantivas da democracia que estão diretamente relacionadas aos direitos fundamentais. Nos tópicos a seguir o objetivo é analisar cada uma dessas possibilidades de intervenção da jurisdição constitucional, tendo em vista sempre que o debate sobre o papel da jurisdição constitucional não pode ser reduzido ao plano teórico, sendo imprescindível aproximar a teoria da realidade e da história através do estudo da jurisprudência constitucional. Como ensina Sérgio Moro “É com os exemplos históricos de erros e acertos da jurisdição constitucional que se pode avançar, buscando-se um modo apropriado de atuação do juiz constitucional no regime democrático”⁹⁹⁰.

⁹⁹⁰ **Jurisdição Constitucional como Democracia...**, p. 108.

Portanto, se tradicionalmente a Constituição é vista como um limite à democracia e à deliberação – limite esse que se materializa especialmente no exercício da jurisdição constitucional – é hora de inverter essa lógica: é preciso compreender que a Constituição é possível através da democracia e da deliberação, cabendo à jurisdição constitucional atuar para sua promoção e não para sua opressão. Isso também não leva à conclusão de que desaparecem as tensões entre constituição e democracia, mas que como já dito, para que essa tensão seja produtiva, tem que ser uma tensão reconhecida e trabalhada em prol dos frutos que se espera de um Estado Democrático de Direito.

3.2.1 A jurisdição constitucional diante das condições procedimentais da democracia deliberativa

Embora o objetivo do presente tópico seja analisar os limites e as possibilidades da jurisdição constitucional brasileira diante das condições procedimentais para a democracia deliberativa, é preciso lembrar que a Constituição brasileira de 1988 institui um sistema democrático representativo e participativo que se orienta pelo princípio republicano e se viabiliza com a garantia de direitos políticos. Assim, a construção de uma democracia deliberativa passa, antes, pelo respeito aos procedimentos democráticos instituídos constitucionalmente. Em outras palavras, a deliberação democrática restaria prejudicada diante de um sistema democrático que não respeita as regras do jogo⁹⁹¹, uma vez que todo o debate democrático perderia a validade e a importância perante um sistema vulnerável e instável.

⁹⁹¹ Não há democracia onde não há respeito às regras do jogo. Essa é a terceira condição à democracia defendida por Sundfeld ao lado do respeito ao princípio republicano e a garantia de direitos políticos. Por isso, a democracia depende de um respeito estrito às regras postas e da garantia de sua estabilidade. Assim, saber em quem pode votar, por exemplo, é regra fundamental: “A inexistência de regras anteriores e estáveis regulando a decisão a tomar permite que, na dependência do interesse dos poderosos, sejam chamados a decidir ora um grupo, ora outro grupo de pessoas – em evidente manipulação, totalmente alheia à ideia de participação popular. A inexistência de regras definindo o papel de cada membro do grupo, cujo respeito ele possa exigir, permite incluir pessoas sempre que sua presença não convenha. Regras e predeterminadas têm nome: *normas jurídicas, sobretudo constitucionais*, normas jurídicas definindo os direitos políticos, o processo eleitoral, a participação direta, e assim por diante. Não há democracia sem normas jurídicas (de direito público decerto) regulando o processo político.” (SUNDFELD, Carlos Ari. **Fundamentos de Direito Público**..., p. 52-53).

Por essa razão, antes de adentrar no estudo acerca dos limites e possibilidades da jurisdição constitucional diante das condições procedimentais da democracia deliberativa, é preciso investigar os limites e as possibilidades da jurisdição constitucional diante das condições procedimentais para a democracia representativa e participativa delineadas pela Constituição de 1988.

No que tange às condições procedimentais para a democracia representativa, a Constituição de 1988 assegura o pluralismo político, os direitos políticos e a garantia de eleições regulares. Nessa seara, entende-se a jurisdição constitucional deve desempenhar um papel forte de fiscal da democracia, tal como o defendido por Ely. A proteção das condições procedimentais da democracia representativa é, certamente, uma função primordial que o Estado brasileiro atribui à jurisdição constitucional. Nesse sentido, o Supremo Tribunal Federal (STF) tem tido uma atuação de destaque, de modo que recorrer a sua jurisprudência é um bom caminho para dimensionar a importância e os limites de sua atuação como *fiscal* da democracia representativa.

Em 07 de dezembro de 2006, o STF julgou improcedentes, por unanimidade, as ADIs nºs. 1351-3/DF e 1354-8/DF, ambas de relatoria do Ministro Marco Aurélio, declarando a inconstitucionalidade do art. 13 da Lei nº. 9.096/95, e outros artigos correlatos, conhecido como cláusula de barreira. O referido dispositivo limitava a atividade parlamentar aos partidos políticos que obtivessem pelo menos cinco por cento dos votos válidos em todo o território nacional, excluídos os brancos e nulos, distribuídos em pelo menos um terço dos Estados Brasileiros, nos quais deveriam alcançar pelo menos dois por cento dos votos válidos. Tal exigência repercutia também na participação no fundo partidário e para a disponibilidade de tempo de propaganda partidária.

Em brevíssima síntese, entendeu o STF que dita restrição configurava uma violação aos princípios fundamentais da democracia representativa, em especial ao princípio fundamental do pluralismo político (art. 1º, inc. V), e aos valores consagrados no caput do art. 17, com destaque especial ao pluripartidarismo. Em um voto brilhante, o Ministro Marco Aurélio deixou assente a necessidade de preservação do pluralismo político nos Estados Democráticos de Direito, nos quais a democracia não se confunde com a ditadura da maioria, daí a necessidade da jurisdição constitucional garantir o direito das minorias de associação e expressão

política nos termos da Constituição. De acordo com o Ministro, o desafio de um Estado Democrático de Direito não é afastar minorias, mas reconhecê-las através da garantia de seus direitos fundamentais. Salientou ainda o Ministro que o eventual enxugamento no número de partidos políticos só poderia se dar mediante a vontade popular, uma vez que a Constituição assenta que todo o poder emana no povo, é direito do povo escolher quem exerce o poder em seu nome.

Na mesma linha, a Ministra Cármen Lúcia frisou que o objetivo do Estado Democrático de Direito é construir uma “sociedade inclusiva”, em que todos tenham iguais direitos à participação política. Nesse sentido, os Ministros Eros Grau e Gilmar Mendes ressaltaram que a proteção das minorias e a construção de uma sociedade inclusiva só possível a partir do reconhecimento de que a igualdade assegurada constitucionalmente é também uma igualdade de chances, uma igualdade que viabiliza que todos tenham igual oportunidade de participação política. O Ministro Eros Grau acrescentou ainda que a cláusula de barreira não fere apenas a isonomia entre os partidos políticos, mas viola a isonomia entre os eleitores na medida em que repele os votos minoritários. Por fim, destaca-se a posição do Ministro Cezar Peluso, que deixou explícito o entendimento de que a função do STF é o aperfeiçoamento da democracia representativa.

Esse histórico julgamento demonstra o compromisso da mais alta Corte brasileira com os valores fundamentais da democracia, deixando evidente que em um Estado Democrático de Direito cabe à jurisdição constitucional a tutela das condições procedimentais para a democracia representativa. No caso, a sobrevivência de uma regra como a cláusula de barreira seria uma violação alarmante ao pluralismo, aos direitos das minorias e aos princípios do sistema partidário, razão pela qual se entende que o STF não poderia posicionar-se de modo diferente.

A sobrevivência da cláusula de barreira, embora seja uma condição procedimental à democracia representativa, teria implicações diretas para a democracia deliberativa, uma vez que ao restringir o pluralismo e ao excluir as minorias, conduziria a um debate democrático excludente, em que dissenso necessário para ao alcance de decisões democráticas imparciais restaria esvaziado. Como já visto, a democracia deliberativa defende as decisões majoritárias, mas entende que somente são dotadas de valor epistêmico as decisões majoritárias fruto

de uma deliberação em que esteja assegurada a autonomia pública de todos os cidadãos de modo igualitário.

Contudo, não é apenas na defesa do pluralismo e das minorias políticas que a jurisprudência do STF aponta no sentido da defesa das condições para a democracia representativa. Em mais de uma ocasião, o Supremo demonstrou seu compromisso com as regras do jogo democrático, preservando assim a segurança jurídica necessária para o bom desenvolvimento da democracia. Lembre-se de que o respeito às regras do procedimento democrático é condição fundamental para a lisura e para a integridade da democracia, seja ela representativa, participativa ou deliberativa. Por essa razão, o art. 16 Constituição de 1988 estabeleceu que as regras eleitorais devem ser estipuladas no mínimo um ano antes das eleições. O princípio da anterioridade eleitoral impõe um dever de transparência e segurança que está em perfeita harmonia com os princípios republicano e democrático, buscando impedir a utilização abusiva do Poder Legislativo para a alteração do processo eleitoral.

Assim, diante de tal exigência, o STF julgou procedente, por maioria, a ADI nº. 3685/DF, a qual arguia inconstitucionalidade da aplicação da Emenda Constitucional nº. 52 de 08 de março de 2006 – que constitucionalizou o fim da verticalização das coligações partidárias – às eleições de 2006.

De acordo com a Ministra Relatora Ellen Gracie, a abertura do catálogo de direitos fundamentais proporcionada pelo art. 5º, § 2º permite interpretar o princípio da anterioridade eleitoral disposto no art. 16 como um direito fundamental individual à segurança jurídica (art. 5º, caput) e ao devido processo legislativo (art. 5º, LIV), que está protegido pelo status de cláusula pétrea (art. 60, § 4, inc. IV). Para a Ministra, o princípio da anterioridade eleitoral é um “instrumento indispensável a uma mínima defesa da insuspeita e verdadeira representatividade que deve marcar o regime democrático de Estado”⁹⁹². Nesse sentido, adverte ainda a Ministra que cabe ao STF coibir a utilização abusiva e casuística do poder de emenda que visa desestabilizar o processo eleitoral. Por fim, confere interpretação conforme a § único do art. 1º da EC nº. 52/2006 para ser aplicado nas próximas eleições.

Seguiram a Ministra Relatora, o Ministro Presidente Nelson Jobim, integralmente, o Ministro Ricardo Levandowski, reforçando a função protetiva do

⁹⁹² ADI nº. 3685/DF. Relatora Ministra Ellen Gracie. Julgado em 22.mar.2006, p. 12 do voto proferido pela Ministra Relatora.

devido processo eleitoral exercido pelo princípio da anualidade e indicando que a EC nº. 52/2006 caracteriza um desvio de Poder Constituinte (nas palavras de Fábio Konder Comparato) ou um atalhamento constitucional (conforme as lições do direito constitucional alemão); o Ministro Eros Grau, embora não tenha compartilhado com a Ministra Relatora o status de cláusula pétrea do art. 16, posicionou-se pela inconstitucionalidade da EC nº. 52/2006 por ferir o direito fundamental à segurança jurídica, postulado básico do Estado de Direito; o Ministro Joaquim Barbosa, defendendo uma interpretação ampla da noção de processo eleitoral para a proteção da democracia e ressaltando a fundamentabilidade do art. 16 para a formação de expectativas dos cidadãos eleitores e dos cidadãos que desejam ser candidatos; o Min. Carlos Britto, frisando a sua preocupação com a tutela dos direitos do eleitor à segurança jurídica e ao devido processo legislativo eleitoral; o Ministro Cezar Peluso, chamando a atenção para a natureza imutável do art. 16; o Ministro Celso de Mello, observando que o art. 16 é cláusula pétrea que reflete o valor da segurança jurídica e do devido processo eleitoral e, portanto, não pode ficar nas mãos de maiorias eventuais; e o Ministro Gilmar Mendes, que em um rico voto defendeu que embora o fim da verticalização político-partidária enalteça a autonomia dos partidos políticos, o desrespeito à regra da anterioridade eleitora do art. 16 produz uma alteração radical no devido processo eleitoral, frustrando as expectativas dos partidos políticos, candidatos e eleitores e colocando em risco o próprio Estado de Direito. Para o Ministro, a mudança das regras do jogo impede que as “minorias partidárias exerçam suas estratégias de articulação política em conformidade com os parâmetros inicialmente instituídos.”⁹⁹³ Trata-se, portanto, o princípio da anterioridade eleitoral de um direito das próprias minorias parlamentares que caracteriza a identidade democrática da Constituição, razão pela qual cabe à Corte declarar a sua inconstitucionalidade.

Ficaram vencidos os Ministros Marco Aurélio e Sepúlveda Pertence, que argumentaram que o fim da verticalização já havia sido assinalado pelo art. 6º da Lei nº. 9.504/97, tendo apenas sido constitucionalizado pela EC nº. 52/2006.

Ao declarar inconstitucional a violação à regra da anualidade eleitoral consubstanciada no art. 16 da Constituição de 1988, o STF deixou assente a importância de preservar a segurança jurídica, pilar do Estado de Direito, para o

⁹⁹³ ADI nº. 3685/DF. Relatora Ministra Ellen Gracie. Julgado em 22.mar.2006, p. 16 do voto proferido pelo Ministro Gilmar Mendes.

desenrolar de um processo eleitoral em que todos os cidadãos possam, além de estar plenamente cientes das regras do jogo, confiar nessas regras e a partir delas traçar o caminho que desejam para o exercício da cidadania. Como advertiu o Ministro Gilmar Mendes, o respeito às regras do jogo é direito fundamental não apenas do cidadão eleitor, mas também dos partidos políticos e cidadãos que pretendem ser candidatos, sendo uma forma de impedir alterações casuísticas voltadas à eliminação das minorias do processo democrático. Note-se que não se defende aqui a imutabilidade dos procedimentos democráticos, os quais de fato necessitam de uma ampla revisão, mas a necessidade de estabilidade das regras do jogo de modo a impedir que uma alteração superveniente promova exclusões e confusões indesejáveis.

Por isso, entende-se que a postura do STF no julgamento da ADI nº. 3865/DF, garantindo a estabilidade das regras democráticas, foi exemplar, razão pela qual diante qualquer violação aos procedimentos democráticos, sejam eles representativos ou deliberativos, cabe ao STF a defesa das condições procedimentais para a participação democrática.

Tal entendimento parece estar em via de consolidação no STF, haja vista que mesmo diante de questões polêmicas que mexem com o clamor popular, a Corte optou pela garantia dos direitos políticos que asseguram ao cidadão o livre acesso à candidatura. Refere-se aqui ao julgamento da ADPF nº. 144/DF, na qual a Corte afirmou, por maioria, vencidos os Ministros Carlos Britto e Joaquim Barbosa, a inconstitucionalidade de declaração de inelegibilidade de cidadãos que não tenham condenação com trânsito em julgado.

O Ministro Relator Celso de Mello argumentou que não podem ser consideradas culpadas pessoas que não tenham contra si decisões condenatórias definitivas; trata-se de um dever de proteção do direito fundamental à presunção da inocência disposto no art. 5º, inc. LVII. Desse modo, a suspensão de um direito político sem a condenação com trânsito em julgado seria uma verdadeira afronta a um direito fundamental individual explicitamente assegurado pela Constituição e uma restrição descabida do direito fundamental ao devido processo legal (art. 5º, inc. LIV). Destacou ainda o Ministro que o art. 14, § 9º Constituição estabelece uma reserva constitucional de lei complementar para a criação de novas hipóteses de inelegibilidade, de modo que caso o Poder Judiciário reconhecesse que a existência

de processo criminal ou de improbidade administrava contra o cidadão que pretende ser candidato é causa de inelegibilidade, estaria ofendendo o princípio da separação de poderes, pois criaria judicialmente uma nova causa de inelegibilidade.

Infelizmente, não se tem disponível até o momento a íntegra do julgamento da ADPF nº. 144/DF, mas apenas do voto do Ministro Relator, que foi acompanhado por mais oito Ministros, pode-se concluir que o respeito aos procedimentos democráticos – no caso às causas de inelegibilidade definidas pela Constituição – tem sido preocupação constante do STF. E diferente não poderia ser, já que admitir a criação de novas hipóteses de inelegibilidade pela via judicial colocaria em risco os direitos políticos de todos os cidadãos, de modo que, mais cedo ou mais tarde, novas causas de inelegibilidade poderiam ser criadas judicialmente. Não se trata de fazer uma defesa de uma leitura positivista da Constituição, mas de reconhecer que o bom andamento de um Estado Democrático de Direito deve observar regras, especialmente aquelas que dizem respeito a direitos fundamentais.

Duas observações quanto ao julgamento da ADPF nº. 144/DF ainda devem ser feitas.

Primeira, quando se defende que jurisdição constitucional deve incorporar premissas da democracia deliberativa e manter um permanente diálogo com a esfera pública não institucionalizada, não se quer dizer que a jurisdição constitucional deva interpretar a Constituição de acordo com a vontade popular. Conhecer as preferências populares e as consequências de suas decisões é, certamente, um objetivo a ser perseguido pelos magistrados. Todavia, isso não pode levar ao desvirtuamento da função da jurisdição constitucional, que deve se manter firme diante de possíveis violações aos direitos fundamentais e à democracia, mesmo que tais violações encontrem amplo respaldo popular. Deve-se lembrar de que muitas vezes a preservação do Estado Democrático de Direito dependerá da função contramajoritária da jurisdição constitucional. Nesse sentido, o julgamento da ADPF nº. 144/DF é um caso emblemático, já que vai de encontro aos anseios populares pela moralização da Administração Pública e do Poder Legislativo para defender o valor fundamental da presunção da inocência e respeitar os limites constitucionais impostos à atividade judicial.

Segunda observação: deve-se reconhecer que a ADPF nº. 144 lançou bons argumentos para aprofundar o debate sobre as inelegibilidades na esfera pública,

um debate republicano como o defendido por Dworkin. A partir da decisão do STF, intensificou-se a deliberação pública sobre a questão de tal modo que no dia 1º de outubro de 2009 foi protocolado na Câmara dos Deputados um projeto popular de iniciativa de lei solicitando a criação de uma nova hipótese de inelegibilidade que impeça os cidadãos com pendências judiciais de se candidatarem a cargos públicos. É, portanto, inegável que, apesar de não ser a única fonte para um debate público forte, uma boa decisão judicial pode revigorar debates públicos fundamentais.

Ainda, em relação à constitucionalidade dos procedimentos legislativos, o STF tem se deparado com importantes questões. A problemática do abuso da edição de medidas provisórias pelo Poder Executivo e complacência do Supremo com esta situação é, sem dúvida, alarmante para a democracia, já que cada vez mais o devido debate democrático que deve preceder as decisões fundamentais é simplesmente substituído por decisão do Executivo. Não se pretende aqui reforçar as críticas que já foram devidamente feitas pela doutrina sobre as consequências do uso descontrolado das medidas provisórias⁹⁹⁴, mas refletir sobre a solução dada pelo atual presidente da Câmara dos Deputados, Michel Temer, para revitalizar a função legislativa e a democracia diante da avalanche de medidas provisórias que entram na pauta da Casa frequentemente.

De acordo com o § 6º do art. 62 da Constituição de 1988, caso a medida provisória não seja apreciada pelo Congresso Nacional, no prazo de quarenta e cinco dias a partir de sua publicação, ela deverá entrar em regime de urgência, sobrestando todas as deliberações legislativas que estiverem em trâmite, ou seja, não observado o prazo estabelecido trancam-se, subsequentemente, as pautas das Casas Legislativas. Perante o grande número de medidas provisórias editadas pelo Presidente da República, é frequente que o prazo do referido artigo transcorra e seja trancada a pauta do Congresso. Assim, reclamam os senhores parlamentares que sua atividade acaba restringida à apreciação das medidas provisórias, sobrando muito pouco tempo para a atividade legislativa que lhes é própria.

A fim de encontrar uma solução para o constante trancamento da pauta da Câmara dos Deputados, o Deputado (e Presidente da Câmara) Michel Temer, propôs uma nova interpretação do § 6º do art. 62. Para o senhor deputado, o

⁹⁹⁴ Sobre o abuso das medidas provisórias e as decisões do Supremo Tribunal Federal a esse respeito, confira-se CARVALHO, Lucas Borges de. **Jurisdição Constitucional & Democracia. Integridade e Pragmatismo nas Decisões do Supremo Tribunal Federal...**, p. 182-188.

trancamento da pauta previsto pelo art. 62, § 6º aplica-se apenas às sessões ordinárias, isto é, nas quais estejam em pauta matérias de lei ordinária sobre as quais medida provisória também possa versar. Assim, as sessões extraordinárias, nas quais entram em pauta Propostas de Emenda à Constituição (PEC), projetos de lei complementar, resoluções e decretos legislativos, não podem ser suspensas em razão do art. 62, § 6º. Em síntese, transcorrido o prazo de quarenta e cinco dias desde a publicação da medida provisória, tranca-se apenas a pauta das sessões ordinárias, uma vez que se as medidas provisórias só podem versar sobre matéria de lei ordinária, a expressão “todas as deliberações” inserta do § 6º do art. 62 só pode ser compreendida como “todas as deliberações ordinárias.”

Discordando da interpretação do Deputado Michel Temer, os líderes do PPS, DEM e PSDB, impetram no STF o Mandado de Segurança nº. 27.931/DF, com pedido de liminar, argumentando que a nova interpretação dada ao art. 62, § 6º viola o devido processo legislativo e retira um importante instrumento – o trancamento de pauta – utilizado pelas minorias para evitar que a pauta de votações seja determinada apenas pelas maiorias parlamentares.

O MS nº. 27.931/DF foi distribuído para o Ministro Celso de Mello, quem indeferiu o pedido liminar. Para o Ministro, a interpretação dada por Michel Temer ao art. 62, § 6º, “teria, aparentemente, a virtude de fazer instaurar, no âmbito da Câmara dos Deputados, verdadeira práxis libertadora do desempenho da função primária que, histórica e institucionalmente, sempre lhe pertenceu: a função de legislar”⁹⁹⁵. Destacou ainda que a interpretação arguida pelos impetrantes tem a virtude de reequilibrar os Poderes da República, por isso, deve-se ter em vista que o que se discute não é apenas uma regra procedimental, mas o vigor do princípio da separação de poderes⁹⁹⁶. Nesse sentido, manifestou-se o Ministro Celso de Mello:

“Se é certo, de um lado, que o diálogo institucional entre o Poder Executivo e o Poder Legislativo há de ser desenvolvido com observância dos marcos regulatórios que a própria Constituição da República define, não é menos exato, de outro, que a Lei Fundamental há de ser interpretada de modo compatível com o postulado da separação de poderes, em ordem a evitar exegeses que estabeleçam a preponderância institucional de um dos Poderes do Estado sobre os demais, notadamente se, de tal interpretação, puder resultar o comprometimento (ou, até mesmo, a esterilização) do normal exercício, pelos órgãos da soberania nacional, das funções típicas que lhes foram outorgadas”⁹⁹⁷.

⁹⁹⁵ MS nº. 27.931. Relator Ministro Celso de Mello. Liminar proferida em 27.mar.2009, p. 12.

⁹⁹⁶ Idem, p. 09-10.

⁹⁹⁷ Idem, Ibidem.

Em que pese a força dos argumentos do Ministro em prol da interpretação conferida ao art. 62, § 6º pelo Deputado Michel Temer, entende-se que ela não pode prosperar caso se compreenda que a Constituição é uma *norma aberta em permanente reconstrução mediante a interpretação pública* e que os pressupostos da *democracia deliberativa* servem de guia para uma atuação democrática e republicana. Assim, se é verdade que a Constituição pode ser reconstruída e que são admissíveis mutações constitucionais, entende-se que tal reconstrução deve decorrer de um amplo debate democrático que configure uma interpretação pública da Constituição. Uma norma constitucional – especialmente uma norma constitucional sobre o procedimento democrático – não pode ser reconstruída por uma interpretação levada a cabo solitariamente por um Parlamentar, excluindo do debate as minorias parlamentares e passando por cima das regras do devido processo legislativo.

A proteção da função legislativa em tempo de enxurradas de medidas provisórias é uma exigência do princípio da separação de poderes e da democracia. Entretanto, em uma democracia a solução para o esvaziamento da função legislativa e para o desequilíbrio entre os Poderes não pode se dar através de uma decisão tomada por um homem só e que não foi sequer submetida ao debate democrático. O abuso do poder de edição de medidas provisórias pelo Presidente da República não pode ser compensado com abuso de poder do Presidente da Câmara dos Deputados. A democracia exige o respeito estrito aos procedimentos legislativos, os quais não podem sofrer mutação constitucional a partir de uma interpretação arbitrária e isolada de um parlamentar, mesmo que tal interpretação venha, aparentemente, em benefício da democracia. Uma decisão que não respeita os procedimentos e não se submete ao debate, não fortalece a democracia. A solução para o esvaziamento das funções legislativas em função do abuso das medidas provisórias deve ser obtida através dos procedimentos legislativos disponíveis pela Constituição. Trata-se de uma exigência do Estado de Direito e da Democracia⁹⁹⁸.

⁹⁹⁸ Sobre a importância da observância das regras do processo legislativo, Marcelo Cattoni destaca que “... *requisitos formais* são, de uma perspectiva normativa, condições processuais que devem garantir um processo legislativo democrático, ou seja, a institucionalização jurídica de formas discursivas e negociais que, sob as condições de complexidade da sociedade atual, devem garantir o exercício da autonomia jurídica – pública e privada – dos cidadãos. O que está em questão é a própria cidadania em geral e não o direito de minorias parlamentares ou as devidas condições para a atividade legislativa de um parlamentar ‘X’ ou ‘Y’. Não se deve inclusive tratar o exercício de um mandato representativo como uma questão privada, ainda que sob o rótulo de direito público

Assim, interpretações construtivas, ou melhor, criativas, que se sobrepõem à democracia e à Constituição devem ser rechaçadas de imediato, mesmo que elas venham em prol da democracia. Nesse sentido, vale lembrar o histórico julgamento sobre a fidelidade partidária.

Em abril de 2007, o PPS, o PSDB e o DEM impetram os Mandados de Segurança nºs. 26.602, 26.603 e 26.604, respectivamente, em face de decisão do Presidente da Câmara dos Deputados que, com fundamento na Consulta nº. 1398/DF feita ao Tribunal Superior Eleitoral (TSE), indeferiu o requerimento dos partidos políticos que solicitava a declaração de vacância dos mandatos dos Deputados Federais que trocaram de partido. Para o TSE, os mandatos pertencem aos partidos políticos e as coligações partidárias, a não ser em caso de desfiliação partidária com justa causa.

No julgamento dos Mandados de Segurança, o STF, por oito votos a três, respaldou a decisão do TSE, confirmando o entendimento de que a infidelidade partidária sem justa causa é motivo para perda do mandato eletivo e reformando a jurisprudência da Corte, que até então entendia que diante da ausência do princípio da fidelidade partidária na Constituição de 1988, tal como havia na Constituição de 1969⁹⁹⁹, a troca de partidos não poderia ensejar a perda do mandato eletivo¹⁰⁰⁰.

Os argumentos principais que levaram a esse entendimento foram tecidos pelo Ministro Celso de Mello, relator do MS nº. 26.603 impetrado pelo PSDB. Em apertada síntese, o Ministro defendeu que o mandato representativo possui um vínculo de natureza popular, entre o cidadão e o parlamentar, e um vínculo de natureza partidária, entre o parlamentar e seu partido, uma vez que não é possível candidatar-se sem estar filiado a um partido, assim, a exigência de fidelidade partidária decorre do próprio sistema democrático representativo esboçado pela Constituição. Destacou ainda que o art. 55 apresenta um elenco taxativo dos casos os de perda

subjetivo do parlamentar individualmente considerado, já que os parlamentares, na verdade, exercem função pública de representação política; e é precisamente o exercício necessariamente público, no mínimo coletivo ou partidário, desta função que se encontra em risco. Trata-se da defesa da própria democracia enquanto respeito às regras do jogo, da possibilidade de que a minoria de hoje possa se tornar a maioria de amanhã.” (**Direito Processual Constitucional...**, p. 233-234).

⁹⁹⁹ O artigo 152, §5º da Constituição de 1969: “Perderá o mandato no senado Federal, na Câmara dos Deputados, nas Assembleias Legislativas e nas Câmaras Municipais quem, por atitude ou pelo voto, se opuser às diretrizes legitimamente estabelecidas pelos órgãos de direção partidária ou deixar o partido sob cuja rege for eleito, salvo se para participar, como fundador, da constituição de novo partido”. Tal parágrafo foi suprimido pela A Emenda constitucional n. 25/85.

¹⁰⁰⁰ MS nº. 20.927/DF. Relator Ministro Moreira Alves. Julgado em 11.out.2006.

de mandato com caráter punitivo, por isso, a perda do mandato por infidelidade partidária não pode ser vista como punição, mas apenas e tão-somente como um direito subjetivo do partido político ao mandato.

Os Ministros Menezes de Direito e Cezar Peluso acompanharam o voto do Ministro Celso de Mello, ressaltando que no sistema proporcional, adotado pela Constituição, os votos estão vinculados ao partido político. Nos mesmos termos, seguiu o voto do Ministro Gilmar Mendes, quem destacou a ausência de dispositivo expresso sobre a questão não impede uma releitura do sistema democrático representativo e defendeu que o rol do art. 55 é compatível à perda de mandato por infidelidade partidária, embora essa não possa ser compreendida como uma sanção ao parlamentar. No mesmo sentido, ainda, os Ministros Marco Aurélio e Carlos Britto e as Ministras Ellen Gracie e Cármen Lúcia¹⁰⁰¹.

Vencidos, o Ministro Joaquim Barbosa, que entendeu que a Constituinte de 1988 preferiu deixar de fora das causas de perda de mandato o princípio da fidelidade partidária presente na Constituição anterior e apresentou um rol taxativo das hipóteses de perda de mandato nos artigos 55 e 56; o Ministro Eros Grau¹⁰⁰², que apesar de reconhecer a importância da fidelidade partidária para a democracia, destacou que a Constituição não prevê a perda de mandato político por infidelidade partidária; e o Ministro Ricardo Levandowski, quem frisou que a concessão da segurança solicitava violaria o princípio da segurança jurídica, do devido processo legal, da ampla defesa e do contraditório, embora tenha reconhecido a importância da fidelidade partidária para o sistema democrático.

Concluíram, portanto, os Ministros, por maioria, que a infidelidade partidária sem justa causa é motivo para a perda do mandato, cabendo ao TSE regulamentar o procedimento de definição e comprovação da justa causa.

Tal regulamentação foi procedida pelo TSE através das Resoluções nº. 22.610/2007 e 22.733/2008, as quais tiveram sua constitucionalidade arguida pelo PSC e pela Procuradoria Geral da República nas ADI nºs. 3999 e 4086, respectivamente. O fundamento central levantado pelos autores é que, ao editar tais Resoluções, o TSE teria criado uma nova hipótese de perda de mandato eleitoral,

¹⁰⁰¹ A Ministra Cármen Lúcia foi relatora do MS nº. 26.604. Julgado em 04.out.2007.

¹⁰⁰² O Ministro Eros Grau foi relator do Mandado de Segurança nº. 26.602, julgado em 04/10/2007 e publicado em 16/10/2008.

usurpando, assim, a competência do Poder Legislativo e do Poder Executivo e o princípio da separação de poderes.

No julgamento das ADIs, o STF entendeu que as Resoluções do TSE apenas traçaram as condições procedimentais para que fosse dado cumprimento à decisão proferida nos Mandados de Segurança acima comentados. Novamente, ficou vencido o Ministro Eros Grau, quem defendeu a inconstitucionalidade das Resoluções por usurpação de Poderes do Executivo e do Legislativo, portanto, por violação ao princípio da separação de poderes. Também ficou vencido o Ministro Marco Aurélio, quem não conheceu da ADI por entender que as Resoluções do TSE em questão não poderiam ser impugnadas em sede de controle de constitucionalidade abstrato. O Ministro Joaquim Barbosa, relator da ADI nº. 3999 destacou que embora não concorde com o mérito das Resoluções – como já havia explicitado no julgamento dos mandados de segurança – entendeu que as Resoluções apenas davam efetividade para uma decisão já tomada pelo STF.

Apesar de a fidelidade partidária ser uma questão fundamental à democracia, sendo desejável que o seu desrespeito sem justa causa configure motivo para perda do mandato eletivo, entende-se que na tentativa de aprimorar a democracia, o STF foi longe de mais. Como já se frisou diversas vezes, as interpretações construtivas da Constituição podem dar ensejo à mutação constitucional, no entanto, essas devem partir do próprio texto da Constituição.

Assim, tendo em vista que o texto da Constituição de 1988 não autoriza a perda de mandato em razão da infidelidade partidária, com ou sem justa causa, e apresenta um rol taxativo das hipóteses de cassação e suspensão de direitos políticos no art. 15¹⁰⁰³ e um rol taxativo de hipóteses de perda de mandato parlamentar no art. 55, o STF não realizou uma interpretação reconstrutiva da Constituição, mas uma interpretação criativa que deu ensejo a uma nova hipótese de perda de mandato parlamentar, posicionando-se como um verdadeiro legislador positivo e promotor da Reforma Política.

A revitalização da fidelidade partidária é uma exigência para o aperfeiçoamento do sistema democrático brasileiro, na medida em que preserva a expectativa dos eleitores e compatibiliza-se com o sistema proporcional adotado. Todavia, perante o arcabouço normativo constitucional não há espaço para uma

¹⁰⁰³ CLÈVE, Clèmerson Merlin. **Fidelidade partidária**: estudo de caso. Curitiba: Juruá, 2005, p. 24.

interpretação da Constituição que consagre a fidelidade partidária, razão pela qual se entende que esta só pode ser implementada através de uma alteração formal da Constituição, isto é, por meio de emenda à Constituição¹⁰⁰⁴.

Mais uma vez, é preciso deixar claro que vedação à mutação constitucional imposta pelos art. 15 e 55 da Constituição não é reflexo de uma interpretação positivista ou textualista da Constituição, mas o simples reconhecimento de que a Constituição impõe limites à atividade interpretativa, mesmo quando ela esteja voltada ao aprimoramento da democracia. A leitura moral da Constituição não pode ser uma leitura *contra legem* da Constituição.

Qualquer tentativa de aperfeiçoar a democracia que viole o princípio da separação de poderes, o Estado de Direito e os próprios postulados da democracia e do republicanismo funcionam como um tiro no pé. Assim, os esforços do STF para fomentar a atividade democrática, tanto no caso da nova interpretação da medida provisória como no caso da fidelidade partidária, passam por cima dos fundamentos do Estado Democrático de Direito inscrito na Constituição. A democracia, ao contrário do que pressupõe as boas intenções do STF, só encontra legitimidade através do respeito estrito aos procedimentos democráticos, especialmente àqueles inscritos na Constituição.

Contudo, isso não quer dizer que a jurisdição constitucional não seja responsável pelo aperfeiçoamento das condições procedimentais do sistema democrático. Muito pelo contrário. A jurisdição constitucional possui um papel de extrema importância para a garantia da abertura dos canais de comunicação entre a esfera pública institucionalizada e a sociedade civil. Afinal, como se vem salientando, a democracia não se resume aos procedimentos representativos, os procedimentos deliberativos também são fundamentais para que as decisões democráticas sejam dotadas de ampla legitimidade e racionalidade. Assim, como ensina Nino, o valor da decisão democrática está diretamente relacionado ao valor epistêmico da deliberação que a precede. A mesma ideia é compartilhada por Habermas quando defende que o direito é legítimo quando é fruto de uma

¹⁰⁰⁴ Neste sentido é o entendimento de Heloísa Kroll explicitado em paper elaborado com o título “Democracia *versus* Constituição: uma análise da posição do Supremo Tribunal Federal no caso da fidelidade partidária” para a disciplina Teoria Crítica do Direito Constitucional ministrada pela Professora Doutora Vera Karam de Chueiri no segundo semestre de 2008.

deliberação travada em condições de liberdade e igualdade entre os seus próprios destinatários.

Portanto, se a legitimidade das decisões democráticas depende do bom desenvolvimento do debate democrático, ela depende de que as condições procedimentais para esse debate estejam plenamente asseguradas. Assim, cabe à jurisdição constitucional garantir as condições procedimentais para que o debate público fundamental transcorra da melhor maneira possível. Para tanto, a jurisdição constitucional deve tutelar a abertura e a participação dos cidadãos no debate público, o que é feito através da abertura dos canais de comunicação para que os cidadãos exerçam a sua autonomia pública, que em última instância, nada mais é do que o direito de liberdade para a participação da vida pública.

A primeira condição procedimental para a democracia que a jurisdição constitucional deve defender com vigor é a liberdade dos cidadãos para a participação na deliberação pública. Refere-se aqui à dimensão da liberdade que garante a abertura e o acesso aos debates democráticos com qualidade. Tal liberdade recebe diversos nomes: liberdade dos antigos, liberdade positiva, liberdade instrumental, todas marcando a oposição com a noção de liberdade substancial, conhecida também como liberdade dos modernos ou liberdade negativa. Embora sejam frequentes as distinções entre as duas dimensões da liberdade, na realidade, existe uma dependência mútua entre elas que não pode ser ignorada. Por isso, a opção por trabalhar neste momento apenas com a dimensão procedimental da liberdade é apenas uma opção metodológica que se fez para frisar a sua importância para a existência de condições procedimentais para a democracia deliberativa.

Desse modo, cumpre, inicialmente, aprofundar a noção de liberdade pelo prisma procedimental, o que não poderia ser feito sem o recurso à brilhante distinção entre liberdade negativa e liberdade positiva traçada por Isaiah Berlin. A liberdade procedimental trabalhada nesse tópico é a liberdade que Berlin denominou de liberdade positiva. De acordo com o filósofo inglês, a liberdade positiva

“... tem origem no desejo do indivíduo de ser o próprio amo e senhor. Quero que minha vida e minhas decisões dependam de mim mesmo e não de forças externas de qualquer tipo. Quero ser sujeito e não objeto, ser movido por razões, por propósitos conscientes que sejam meus, não por causa que me afetem, por assim dizer, a partir de fora. Quero ser alguém e não ninguém, alguém capaz de fazer – decidindo, sem que decidam por mim, auto-conduzido e não sofrendo influências de natureza externa ou de outros homens como

se eu fosse uma coisa, um animal, um escravo incapaz de interpretar um papel humano, isto é, de conceber metas e diretrizes inteiramente minhas, e de concretizá-las”¹⁰⁰⁵.

A liberdade positiva ressalta a autonomia do homem para fazer suas próprias escolhas, indicando a sua capacidade de autodeterminação e de autogoverno de forma individual e independente, isto é, sem a interferência de outros ou a necessidade de estímulos externos¹⁰⁰⁶. Nesse sentido, explica Berlin que a liberdade positiva existe quando o sujeito responde a perguntas como, “Quem me governa?” ou ‘Por quem sou governado’¹⁰⁰⁷, referindo-se si mesmo. Por isso, enquanto a liberdade negativa tem em vista a limitação do poder, a liberdade positiva visa colocar as mãos no poder¹⁰⁰⁸. Somente quem é governado por sua própria consciência é que pode ser considerado livre. Nesse sentido, Berlin destaca que:

“Homens que lutam pela liberdade em geral lutam pelo direito de serem governados por si mesmos ou por seus representantes – governados firmemente, se necessário, como os espartanos, com pouca liberdade individual, mas de uma forma que lhes permitisse participar ou, de qualquer modo, acreditar que participam da legislação e da administração de suas vidas coletivas”¹⁰⁰⁹.

É, portanto, a liberdade positiva, a *liberdade para*¹⁰¹⁰, o fundamento de uma sociedade democrática, já que não há democracia quando os cidadãos estão privados de *liberdade para* participar na vida pública, dos debates e das decisões públicas, criando as regras que regerão as suas próprias vidas.

A mesma distinção foi traçada por Benjamin Constant com a ideia de liberdade dos antigos e liberdade dos modernos. Enquanto a liberdade dos modernos tem por objetivo a garantia de uma esfera individual livre da intervenção estatal, a liberdade dos antigos é a liberdade procedimental de que se trata aqui, a liberdade do cidadão para atuar na esfera pública¹⁰¹¹. O homem tornava-se livre na medida em que obedece as leis por ele mesmo discutidas e votadas, na medida em que possuía auto-determinação política, ou, como ensinou Hannah Arendt, através

¹⁰⁰⁵ BERLIN, Isaiah. **Quatro Ensaios sobre a Liberdade**. Tradução Wamberto Hudson Ferreira. Brasília: Universidade de Brasília, 1981, p. 142.

¹⁰⁰⁶ BERLIN, Isaiah. Idem, p. 146.

¹⁰⁰⁷ BERLIN, Isaiah. Idem, p. 142.

¹⁰⁰⁸ BERLIN, Isaiah. Idem, p. 166.

¹⁰⁰⁹ BERLIN, Isaiah. Idem, p. 163.

¹⁰¹⁰ BERLIN, Isaiah. Idem, p. 142.

¹⁰¹¹ Sobre o pensamento de Benjamin Constant, confira-se o item 1.3.1.

do exercício da *ação*, da política compartilhada intersubjetivamente na esfera pública, a qual caracteriza a condição humana, a condição de ser livre para a autodeterminação¹⁰¹².

Portanto, a liberdade é uma condição procedimental fundamental para o exercício da soberania, pois dela dependem a existência e a dinamicidade da esfera pública, bem como a legitimidade dos debates nela realizados e das decisões nela produzidas. Somente em um ambiente livre e igual é que são possíveis decisões racionais¹⁰¹³. Assim, qualquer espécie de censura funciona como um bloqueio aos canais de comunicação entre a esfera pública e a sociedade civil e como um obstáculo para o exercício da autodeterminação. Nesse sentido, a liberdade possui a função procedimental de garantir a abertura, a amplitude e a inserção de todos no debate público, bem como a sua própria lisura.

Na Constituição de 1988, a liberdade positiva, ou liberdade dos antigos, é viabilizada pelas seguintes liberdades: liberdade de expressão (art. 5º, incs. IV e IX) e liberdade de informação (art. 5º, inc. XVI). Como explica Hesse, essas liberdades são “elementos constitutivos da ordem objetiva democrática e estatal jurídica”:

“Sem a liberdade de manifestação de opinião e a liberdade de informação, sem a liberdade dos ‘meios de comunicação de massa’ modernos, imprensa, rádio e filme, opinião pública não pode nascer, o desenvolvimento de iniciativas e alternativas pluralistas, assim como ‘formação preliminar da vontade política’ não possíveis, a publicidade da vida política não pode haver, a oportunidade igual das minorias não está assegurada com eficácia e vida política em um processo livre e aberto não se pode desenvolver. Liberdade de opinião é, por causa disso, para a ordem democrática da Lei Fundamental, ‘simplesmente constitutiva’.”¹⁰¹⁴

A liberdade de expressão é “ponto de partida” para qualquer proposta de democracia deliberativa que pretende aprofundar e ampliar o debate na esfera pública¹⁰¹⁵. Sem liberdade de expressão não há diálogo público e muito menos é possível a formação de uma opinião pública. Ademais, a liberdade de expressão é o direito fundamental que possibilita o exercício da soberania popular e através do qual se concretizam as virtudes republicanas, uma vez que torna os cidadãos

¹⁰¹² **A condição humana**..., p. 11 e ss.

¹⁰¹³ SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. **Teoria da Constituição e Democracia Deliberativa**..., p. 162.

¹⁰¹⁴ **Elementos de Direito Constitucional da República Federal da Alemanha**..., p. 302-303.

¹⁰¹⁵ CALAZANS, Paulo Murilo. A liberdade de expressão como expressão da liberdade. In: **Temas de constitucionalismo e democracia**. VIEIRA, José Ribas (org). Rio de Janeiro, 2003, p. 70.

capazes de escolher, fiscalizar, contestar e exigir o devido exercício dos Poderes Públicos.¹⁰¹⁶ Não é a toa que a arma mais eficaz de uma ditadura não são os canhões, mas a violência que oprime a liberdade de expressão. Sem liberdade de expressão, um regime totalitário pode utilizar até mesmo os mecanismos de democracia direta para governar, já que o debate e a troca de ideias são substituídos pela única palavra de ordem permitida. Resgatando a metáfora de George Orwell, Gustavo Binenbojm lembra que “o pior regime totalitário não almeja apenas o controle das ações da sociedade, mas do que pensam os seus cidadãos.”¹⁰¹⁷

Assim como a liberdade, a liberdade de expressão também pode ser vista a partir de dois prismas:

De acordo com Edilson Faria, a liberdade de expressão é vista pelo prisma *subjetivo* como a liberdade de autodeterminação individual, da capacidade de reflexão livre, não sujeita a qualquer tipo de dominação, é um valor intrínseco à dignidade da pessoa humana. Já pelo prisma *objetivo*, a liberdade de expressão possui um sentido republicano que exalta o governo democrático, é um valor fundamental para a proteção da democracia porque viabiliza a efetiva participação popular no governo. Objetivamente, a liberdade de expressão possui função informativa, uma vez que possibilita o conhecimento das questões de relevância pública, tornando os cidadãos mais preparados para as decisões democráticas, e uma função crítica, pois assegura a oportunidade de pensar e se expressar criticamente sobre o poder¹⁰¹⁸⁻¹⁰¹⁹. As duas dimensões da liberdade de expressão

¹⁰¹⁶ CALAZANS, Paulo Murilo. A liberdade de expressão como expressão da liberdade..., p. 113.

¹⁰¹⁷ BINENBOJM, Gustavo, Meios de Comunicação de Massa, Pluralismo e Democracia Deliberativa. As liberdades de expressão e de imprensa nos Estados Unidos e no Brasil. In: **DIREITOS FUNDAMENTAIS: Estudos em Homenagem ao Professor Ricardo Lobo Torres**. SARMENTO, Daniel; GALDINO, Flávio. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 486.

¹⁰¹⁸ FARIAS, Edilson. **Liberdade de expressão e comunicação: teoria e proteção Constitucional**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 64.

¹⁰¹⁹ A necessidade de enforçar a liberdade de expressão pelo prisma objetivo foi ressaltada na famosa sentença Lüth. O caso envolvia o direito à liberdade de expressão artística do cineasta Veit Harlan, quem durante o nazismo produziu filmes de incitação ao ódio contra judeus. Ao apreciar o caso, o Tribunal Constitucional Alemão afirmou que “O direito fundamental à livre expressão de opinião é, como manifestação da personalidade humana, uma dos direitos humanos mais nobres... Para a ordem liberal-democrática do Estado ela é, simplesmente, constituinte, pois só ela possibilita a constante análise espiritual, a luta das opiniões, que é o seu elemento vital.” (BverfGE 7, 198/208, Sentença Lüth. *Apud* FRAKENBERG, Günter. **Tribunal Constitucional e Sociedade Civil**. In: Limites do Controle de Constitucionalidade. Bigonha, Antonio Carlos Alpino & Moreira, Luiz (Dir.). Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 79 nota, 75). Edilson Farias relata que a liberdade de expressão,

somadas “resulta no fortalecimento da liberdade de expressão e comunicação como princípio jurídico-constitucional. Assim, as raízes da liberdade de expressão e comunicação não devem ser vistas isoladamente, senão como um sistema integrado, cada uma delas necessária, porém, insuficiente *de per si*.”¹⁰²⁰

A distinção entre as duas concepções de liberdade de expressão também foi levada a cabo por Ronald Dworkin. De acordo com o autor norte-americano, a liberdade de expressão pode ser dividida em duas categorias.

Pela primeira categoria instrumental, a liberdade de expressão “.. não é importante porque as pessoas têm o direito moral intrínseco de dizer o que bem entenderem, mas porque a permissão do que elas o digam produzirá efeitos benéficos para o conjunto da sociedade.”¹⁰²¹ Nesse sentido, a liberdade de expressão é vista como instrumento para busca da verdade (conforme defendeu Holmes no caso *Aberas*), como instrumento para o autogoverno do povo (como defendeu *Madison*) ou como meio de evitar a corrupção, uma vez que um governo sujeito a críticas livres e desimpedidas é mais cauteloso. A liberdade de expressão é vista como um bem coletivo¹⁰²².

Pela categoria constitutiva, a liberdade de expressão “... é importante não só pelas conseqüências que tem, mas porque o Estado deve tratar todos os cidadãos adultos (com exceção dos incapazes) como agentes morais responsáveis, sendo

como condição fundamental para a vida pública democrática, foi reafirmada por outros Tribunais Europeus. O Tribunal Constitucional Espanhol tem destacado a sua importância para a preservação do pluralismo político, enquanto a Corte Constitucional Italiana qualifica-a como “a pedra angular” da ordem jurídica democrática (**Liberdade de expressão e comunicação: teoria e proteção Constitucional...**, p. 73).

¹⁰²⁰ FARIAS, Edilson. Idem, p. 75.

¹⁰²¹ Por que a liberdade de expressão? In: **O direito da liberdade...**, p. 319.

¹⁰²² A perspectiva instrumental da liberdade de expressão, que funciona como condição procedimental para a deliberação pública, foi destacada em *New York Times v. Sullivan*. O caso tratava de uma manifestação realizada nos anos sessenta por estudantes negros no Estado do Alabama que acabou com uma forte repressão policial. Diante disso, o jornal New York Times publicou uma reportagem criticando o chefe de polícia que comandou a repressão. No entanto, nesta reportagem foram incluídos dados falsos e verdadeiros sobre o policial. O caso foi levado à Suprema Corte, que deveria então decidir em prol do direito à honra do chefe de polícia e ou do direito à liberdade de expressão dos manifestantes. Decidiu-se que o direito de criticar o Poder é o direito mais importante dentro da sociedade democrática, de modo que deveria prevalecer sobre o direito à honra das autoridades públicas. Dworkin faz uma forte crítica à argumentação estritamente instrumental desenvolvida na decisão, pois ao conferir plena proteção apenas aos casos de liberdade de expressão que envolvem servidores ou ocupantes de cargos públicos, a Suprema Corte norte-americana teria perdido uma excelente oportunidade para ampliar a proteção à liberdade de expressão para todos aqueles acusados de violar a honra de outrem com suas manifestações (Por que a liberdade de expressão? In: **O direito da liberdade...**, p. 331 a 343).

esse um traço essencial ou ‘constitutivo’ de uma sociedade política justa.”¹⁰²³ Isso porque o respeito do Estado aos indivíduos, como sujeitos capazes moralmente de tomar suas próprias decisões, é elemento fundamental da dignidade, “Só conservamos a dignidade individual quando insistimos que ninguém – nem o governante nem a maioria dos cidadãos – tem o direito de nos impedir de ouvir uma opinião por medo de que não estejamos aptos a ouvi-la e ponderá-la.”¹⁰²⁴ Da mesma forma que também é fundamental à dignidade a capacidade de se expressar publicamente.

Dworkin também destaca que uma categoria não exclui a outra, já que uma é meio para a democracia e a outra garante a possibilidade da democracia¹⁰²⁵.

Na doutrina norte-americana, a liberdade de expressão ainda pode ser vista por duas perspectivas teóricas: a *libertária*, que visa à proteção da autonomia privada e da interpretação da liberdade de expressão como um direito de defesa, garantindo que a liberdade de expressão não será sujeita a qualquer censura; e a *democrática*, que compreende a liberdade de expressão como um mecanismo de autodeterminação popular, na medida em que a liberdade de expressão garante por um lado, a liberdade de informação dos cidadãos sobre os assuntos de interesse público, e por outro, prepara-os para a participação na vida pública de forma crítica; é a liberdade positiva que possibilita que o cidadão realize o autogoverno através da deliberação pública ampla e inclusiva¹⁰²⁶.

Como ressalta Binjenbojm, ambas as teorias possuem problemas, enquanto a primeira deixa a liberdade de expressão nas mãos de grandes grupos econômicos, não se preocupando com a exclusão daqueles que não têm influência do processo econômico, a segunda confere ao Estado “... um papel de *curador* da qualidade do

¹⁰²³ Idem, p. 319.

¹⁰²⁴ Idem, Ibidem.

¹⁰²⁵ Idem, p. 320. Contudo, para Dworkin, em que pese a importância da liberdade instrumental, ela é mais frágil e mais limitada que a liberdade constitutiva. “É mais frágil porque muitas vezes ela conduz mais a limitação da liberdade de expressão do que a sua ampliação, é mais limitada porque a perspectiva constitutiva é que incorpora todas as dimensões da liberdade de expressão e não apenas a liberdade de expressão política.” (Idem, p. 321). A liberdade de expressão não diz respeito apenas ao bom funcionamento das democracias, mas também a proteção das decisões artísticas, sociais e pessoais.

¹⁰²⁶ Sobre a teoria libertária e a teoria democrática, confira-se BINENBOJM, Gustavo, Meios de Comunicação de Massa, Pluralismo e Democracia Deliberativa. As liberdades de expressão e de imprensa nos Estados Unidos e no Brasil..., p. 477-78 e OWEN, Fiss. **A ironia da liberdade de expressão**: Estado, regulação e Diversidade na esfera pública. Tradução Gustavo Binjenbojm e Caio Mário da Silva Pereira Neto. Rio de Janeiro: Renovar, 2005, p. 29 e ss.

discurso público, como se fosse possível situar algum ente estatal num ponto arquimediano do qual seria possível avaliar *o que merece e o que não merece ser dito*.¹⁰²⁷

O destaque aqui, entretanto, é para o prisma objetivo, instrumental ou democrático da liberdade de expressão, afinal por essa perspectiva a liberdade de expressão torna-se condição procedimental para a deliberação democrática.

Assim, na linha de Paulo Murilo Calazans, entende-se que a liberdade de expressão é a liberdade mais fundamental para as sociedades democráticas, é a *norma normarum*, uma vez que é através da liberdade de expressão que as sociedades democráticas conquistaram ao longo da história outras faculdades fundamentais à democracia, como a vida e a dignidade; “Nos regimes de exceção, autoritários e absolutistas, a supressão ao debate, à exposição de razões no seio da comunidade, é que assegurou, a um só tempo, a permanência de tais regimes e a violação reiterada dos direitos humanos mais elementares.”¹⁰²⁸

Isso não quer dizer que a liberdade de expressão seja hierarquicamente superior a outros valores na escala axiológica, mas que é condição de possibilidade, um direito *a priori* fundamental para que em meio à deliberação pública republicana sejam alcançadas outras faculdades fundamentais; é, portanto, a própria condição para um *espaço público aberto*¹⁰²⁹. A legitimidade democrática das decisões públicas está intimamente vinculada com a existência de instituições públicas abertas ao debate em que todos os cidadãos possam participar de forma livre e igual. Assim, a liberdade de expressão tem um valor instrumental porque garante a legitimidade e a racionalidade das decisões públicas.

¹⁰²⁷ Meios de Comunicação de Massa, Pluralismo e Democracia Deliberativa. As liberdades de expressão e de imprensa nos Estados Unidos e no Brasil..., p. 479.

¹⁰²⁸ CALAZANS, Paulo Murilo. A liberdade de expressão como expressão da liberdade..., p. 71.

¹⁰²⁹ Destaca que no contexto nacional, o estudo da liberdade de expressão fica limitado a luta contra a censura em prol da liberdade de imprensa, as garantias de imunidade parlamentar e a proteção à honra e à imagem, “carecemos de uma elaboração dogmática mais profunda no que concerne à questão da liberdade de expressão, tal qual se pode observar no campo do constitucionalismo e da filosofia política alhures. Com efeito, um estudo mais detido desta natureza atenderia aos novos desafios postos pelas discussões mais complexas acerca dos limites e fundamentos da democracia nas sociedades complexas e plurais, as perspectivas procedimental e substantiva que gravitam em torno dos direitos fundamentais, o processo legislativo, a proteção das minorias contra eventuais abusos das majorias opressoras e, fundamentalmente, a proteção à dignidade do homem e do cidadão.” (CALAZANS, Paulo Murilo. Idem, p. 73-74).

Contudo, em uma democracia, a liberdade de expressão só tem valor se estiver garantido um amplo acesso e uma ampla oferta de informação, ou seja, a liberdade de expressão fica condicionada à garantia do direito à informação. Só é capaz de expressar-se de forma livre e crítica quem tem acesso à informação diversificada. Deste modo, o acesso à informação, bem como a troca de informação entre os cidadãos são condições procedimentais para a democracia deliberativa que visam à produção de decisões dotadas de racionalidade e legitimidade. Nesse sentido, é importante frisar que a própria deliberação pública constitui-se como uma importante fonte de informação, é o momento em que o cidadão ouve diversos pontos de vista e tem a chance de avaliá-los criticamente, sendo possível a argumentação e a contra-argumentação, requisitos fundamentais para um debate verdadeiramente enriquecedor.

Vale observar ainda que esse processo informativo acontece, na grande maioria das vezes, de forma difusa, uma vez que as informações disponibilizadas na esfera pública não possuem um destinatário que pode ser identificado, nem individual, nem coletivamente; assim, o interesse no processo informativo não é um interesse individual ou de uma determinada coletividade, é o interesse em preservar as condições para o próprio processo democrático.¹⁰³⁰

A importância da informação para o desenvolvimento adequado do processo democrático é destacado por Miguel Reale ao afirmar que “Se a Democracia é tanto mais real quanto mais os cidadãos participam das decisões do Poder Público, torna-se claro que a integração democrática será tanto mais garantida e consciente quanto mais se estender o campo de informações prestadas a seus destinatários.”¹⁰³¹ Por isso, no limiar do séc. XXI, a popularização da informação, através da inclusão digital, é fundamental à construção de uma democracia verdadeiramente participativa, que assegura aos cidadãos a participação no debate e na tomada de decisão pública.

Ainda, o acesso à informação é um mecanismo de inclusão, que se não for empregado com seriedade e responsabilidade por parte dos emissores pode provocar um verdadeiro desvirtuamento de sua finalidade última: a emancipação do

¹⁰³⁰ CALAZANS, Paulo Murilo. Idem, p. 84-85.

¹⁰³¹ REALE, Miguel. **Liberdade e Democracia**: em torno do Anteprojeto da Comissão Provisória de Estudos Constitucionais. Saraiva: São Paulo, 1997, p. 36.

cidadão e o aperfeiçoamento democrático. Nesse sentido, a Ministra Cármen Lúcia explica que:

“Hoje, a informação é poder. Poder social, político e econômico a dominar todas as formas de convivência. Os canais informadores da sociedade detêm poder sobre a sociedade. A mídia tem o domínio da informação e, por este caminho, o domínio de parcela da opinião pública, que ela é capaz de elaborar, de reelaborar ou até mesmo de manipular. Não é mais a opinião pública que faz a informação, mas, especialmente, em países com baixo índice de desenvolvimento cultural e intelectual, é a informação que faz a opinião pública. E ela obedece aos comandos de interesses econômicos de grupos específicos da sociedade. Hoje, informação vale ouro, ela é a grande riqueza deste final de século.”¹⁰³²

Daí a necessidade de, em sociedades democráticas, promover a diversidade de informação, já que sem ela não há liberdade de expressão autêntica, mas apenas a repetição de informações selecionadas de acordo com interesses cooperativos duvidosos. É apenas através do acesso à quantidade e à qualidade de informações que os debates democráticos têm a possibilidade de contribuir para a democracia. Uma deliberação feita em torno de informações previamente selecionadas e com baixa diversidade de pontos de vista não traz benefício algum à democracia, já que a deliberação deixa de ser um processo informativo que possibilita a troca de argumentos em busca de uma decisão racional¹⁰³³.

Todavia, em uma democracia deliberativa, de nada adianta que a liberdade de expressão seja plenamente assegurada e a informação diversificada e espraçada, se os canais de comunicação com a esfera pública, em que a liberdade de expressão e o direito à informação ganham sentido procedimental, estiverem fechados para uma parcela da população. A restrição de acesso ao debate desqualifica-o inteiramente, pois o caracteriza como discriminatório, violando os princípios fundamentais do pluralismo políticos e da cidadania. Como frisa Daniel Sarmiento, “... a democracia só se realiza através da inclusão no espaço público dos integrantes dos grupos tradicionalmente excluídos, aos quais também deve ser reconhecida a possibilidade de se auto-governarem.”¹⁰³⁴

¹⁰³² O juiz na nova ordem constitucional..., p. 263.

¹⁰³³ Nesse sentido, Owen Fiss: “O que a democracia exalta não é simplesmente a escolha pública, mas a escolha feita com informação integral e sob condições adequadas de reflexão. Da perspectiva da democracia, não deveríamos reclamar, mas aplaudir o faro de que o resultado foi afetado (e presumivelmente melhorado) pelo debate aberto e completo.” (**A ironia da liberdade de expressão...**, p. 55).

¹⁰³⁴ SARMENTO, Daniel. A liberdade de expressão e o problema do *hate speech*. In: **Revista de Direito do Estado**. Rio de Janeiro: Renovar, Ano 1, nº. 4, out./dez, 2006, p. 83.

Em razão da escassez de direitos sociais fundamentais – especialmente do profundo déficit de educação, saúde e moradia – a minoria excluída do debate democrático constitui, na realidade, a grande maioria dos cidadãos brasileiros. O direito de participação requer condições substantivas para ser efetivado. Um analfabeto, um enfermo e um sem-teto muito dificilmente poderão participar efetivamente do debate público, já que o próprio direito à informação, e conseqüentemente, à expressão, ficam obstruídos. Contudo, em que pese essa situação ser determinante para a construção de uma sociedade democrática-deliberativa, no momento o enfoque volta-se para a proteção das condições procedimentais que são para essa grande minoria a única via para serem ouvidos na esfera pública.

Mesmo com fome, sem educação, sem saúde e sem moradia, e contra todas as forças políticas da sociedade, as minorias, de forma incansável, são capazes de encontrar um caminho para participar do processo democrático através do exercício do direito de liberdade de expressão. Afinal, que alternativa resta para essas minorias invisíveis e incômodas para a paz de espírito das elites do que exercer o seu direito de participação democrática através de protestos públicos? A realização do direito à liberdade de reunião e expressão por meio de protestos é, portanto, o principal, senão o único, meio de participação democrática das minorias.

Contudo, frequentemente o direito à participação das minorias na esfera pública democrática através do direito ao protesto não é vista com bons olhos, nem pela sociedade nem pelo Poder Judiciário, a quem tradicionalmente cabe a defesa das minorias e que, em uma democracia deliberativa, é responsável pela garantia do direito de participação das minorias excluídas. Muitas vezes, os excessos cometidos nos protestos públicos encobrem, ou fazem com que a sociedade e os juízes esqueçam, que por detrás da violência e da destruição existe a luta pelo exercício do direito fundamental à liberdade de expressão. Com essa argumentação não se quer cancelar os crimes contra o patrimônio, à integridade física e até mesmo à vida, que ocasionalmente ocorrem nos protestos públicos, mas lembrar apenas que o joio deve ser separado do trigo. Os crimes cometidos pelas minorias podem e devem ser reprimidos. No entanto, é preciso ter cautela para que o simples exercício do

protesto não seja criminalizado, uma vez que muitas vezes este é o único canal de comunicação das minorias com a esfera pública¹⁰³⁵.

A dificuldade de compreender o protesto como o exercício do direito de liberdade de expressão como o único caminho para a participação democrática das minorias é destacada por Roberto Gargarella. Em uma obra destinada exclusivamente ao direito ao protesto como o direito fundamental para a ordem democrática, o autor analisa os argumentos utilizados pelo Poder Judiciário argentino no julgamento de atos de protesto que foram criminalizados, como, por exemplo, a interrupção do tráfego das estradas e ferrovias por grupos protestantes. Conforme relata o autor argentino, os protestantes foram condenados criminalmente por obstruir a eficácia do transporte público e, em nenhum momento da argumentação judicial, o protesto foi considerado como exercício do direito de liberdade de expressão fundamental para a vivacidade da esfera pública democrática, preferindo-se, sempre, o argumento da preservação da paz social. Diante disso, adverte o autor que “... é preocupante que um sistema democrático conviva com situações de miséria, porém é catastrófico que tais situações não possam se traduzir em demandas diretas sobre o Poder Público.”¹⁰³⁶

No Brasil, situações semelhantes são frequentes. Por isso, é preciso que a jurisdição constitucional tenha atenção redobrada diante de situações de protesto, o qual é, muitas vezes, o único canal aberto para a participação das minorias na esfera pública democrática. O direito à liberdade de expressão e à liberdade de participação deve receber, portanto, uma tutela especial nos Estados democráticos. Todavia, também não pode conduzir a conclusão de que tais direitos sejam absolutos e possam ser utilizados como argumentos para passar por cima de todo o regime de direitos fundamentais. Embora a liberdade de expressão e participação sejam direitos fundamentais à autonomia privada do indivíduo e ao autogoverno

¹⁰³⁵ Em defesa do direito ao protesto como direito fundamental à democracia, Oscar Vieira Vilhena, destaca a ADI nº. 1969/DF, na qual o STF afirmou que “A liberdade de reunião e de associação para fins lícitos constitui uma das mais importantes conquistas da civilização, enquanto fundamento das modernas democracias políticas. II. A restrição ao direito de reunião estabelecida pelo Decreto distrital 20.098/99, a toda evidência, mostra-se inadequada, desnecessária e desproporcional quando confrontada com a vontade da Constituição (Wille zur Verfassung). (ADI nº. 1969/DF, Relator(a): Min. RICARDO LEWANDOWSKI, Tribunal Pleno, julgado em 28/06/2007) (**Supremo Tribunal Federal: Jurisprudência Política e e Direitos Fundamentais** – Uma Leitura da Jurisprudência do STF. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 146 e ss).

¹⁰³⁶ GARGARELLA, Roberto. *El derecho a La protesta*. Buenos Aires: Ad-Hoc, 2007, p. 30.

coletivo, e, por isso, possuam forte presunção de prioridade, elas não possuem prioridade absoluta, devendo ser limitadas quando colocam em risco o próprio valor epistêmico da democracia e o igual respeito e consideração aos cidadãos, impedindo, desta maneira, a legitimidade das decisões democráticas. Nesse sentido, Calazan:

“A garantia de liberdade de expressão, assim como a circunscrição de seus limites, seja por obra do legislador seja por sua conformação a *posteriori*, através da atividade jurisdicional dentro de uma perspectiva hermenêutica, constituem o supedâneo fundamental de um Estado democrático, sendo certo que o exercício livre – porém harmônico com outras liberdades fundamentais alheias – da manifestação de pensamento e da exposição das preferências individuais requer sua proteção máxima pela ordem constitucional e por parte do intérprete do direito.”¹⁰³⁷

Portanto, perante a violação de outro princípio fundamental, a liberdade de expressão pode ser restringida¹⁰³⁸. Pelo menos duas hipóteses merecem destaque.

A primeira diz respeito ao conteúdo dos direitos dispostos nos art. 5º, incs. X, de acordo com o qual “são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas”. Perante esses direitos fundamentais que protegem a autonomia privada do indivíduo, a liberdade de expressão, especificamente, a liberdade de imprensa, pode ser restringida. Todavia, é fundamental destacar que essa restrição também encontra limites. A divulgação de informações de interesse público não pode ser impedida sob o argumento da intimidade, da vida privada, da honra e da imagem. Muitas vezes informações sobre a vida privada de pessoas públicas, especialmente as que exercem cargos públicos, tem altíssima relevância para a sociedade.

A segunda diz respeito aos limites da liberdade de expressão daqueles que proferem discursos odiosos, conhecidos como *hate speech*. O indivíduo que se manifesta a favor do racismo ou do nazismo, que profere discursos guiados pelo ódio e pela intolerância, exercem de forma legítima o direito à liberdade de expressão? Em uma democracia, discursos odiosos que colocam em risco as próprias condições para o bom funcionamento do sistema democrático devem ser tolerados e compreendidos como posições que apenas vêm a fomentar o pluralismo e fortalecer as liberdades?

¹⁰³⁷ CALAZANS, Paulo Murilo. A liberdade de expressão como expressão da liberdade..., p. 70.

¹⁰³⁸ SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. **Teoria da Constituição e Democracia Deliberativa...**, p. 166.

Um dos defensores do *hate speech* de maior peso é Ronald Dworkin. Com fundamento na concepção de liberdade de expressão constitutiva, alega o autor norte-americano que ao proibir o *hate speech* o Estado viola a liberdade de expressão “de uma sociedade liberal comprometida com a responsabilidade moral individual, e *nenhuma* censura de conteúdo é compatível com esse compromisso”¹⁰³⁹. Para Dworkin, ao utilizar a concepção de liberdade de expressão instrumental para censurar os discursos odiosos em nome do próprio sistema democrático, o Estado fulmina o valor fundamental que é o “âmago” das democracias modernas: a liberdade de expressão como um direito constitutivo para a autonomia privada¹⁰⁴⁰. Por isso, defende que o *hate speech* não deve ser combatido com a supressão da liberdade, mas através de outras vias, pois a liberdade não pode, em hipótese alguma, ser restringida com a desculpa de que irá promover a própria ampliação da liberdade¹⁰⁴¹.

Embora a autoridade de Dworkin e a profundidade de sua argumentação, entende-se que ela peca pelo excesso. Se a liberdade de expressão não pode ser censurada com o argumento democrático, ela também não pode ser ilimitada em razão de um argumento puramente liberal.

Não há democracia que sobreviva quando os cidadãos não se tratam com igual respeito e consideração. Como ensina Daniel Sarmento, nas democracias deliberativas, tolerar o *hate speech* seria ainda mais prejudicial, na medida em que provocaria ou “o revide violento ou o silêncio humano.”¹⁰⁴² O revide violento faz com que a discussão que busca a melhor decisão para sociedade seja substituída por uma guerra entre inimigos e amigos, já o silêncio humano, consequência da violência, é prejudicial para a vítima e para toda sociedade, que vê a esfera pública perder a manifestação de um ponto de vista plural, que sempre é enriquecedor para o debate público. Desse modo, o *hate speech* não fomenta o discurso, mas oprime-o, razão pela qual censurá-lo é uma forma de reforçar e não de repreender a

¹⁰³⁹ Por que a liberdade de expressão? In: **O direito da liberdade...**, p. 327.

¹⁰⁴⁰ Pornografia e Ódio. In: **O direito da liberdade...**, p. 355.

¹⁰⁴¹ Idem, p. 358. Para uma melhor compreensão dos argumentos de Dworkin, cf. p. 341-362.

¹⁰⁴² SARMENTO, Daniel. A liberdade de expressão e o problema do *hate speech*..., p. 83.

democracia, de “... evitar que a democracia se converta em uma empreitada suicida.”¹⁰⁴³

Note-se, no entanto, que o Estado – no caso, aqui, a jurisdição constitucional – não pode utilizar do seu poder para selecionar os discursos proferidos na esfera pública sob o argumento do *hate speech* ou de apologia ao crime, como geralmente se vê nas decisões que proíbem as marchas pela legalização da maconha e do aborto. Somente quando o discurso possui efeito silenciador é que ele se torna intolerável, pois não cabe ao Estado dizer o que pode e o que não pode ser dito. Nesse sentido, a lição de Owen Fiss é esclarecedora:

“Se nada mais estivesse envolvido além dos interesses expressivos de cada grupo, vale dizer, o desejo do racista e o interesse da potencial vítima de cada qual expressar o seu pensamento, então haveria de fato algo arbitrário na escolha do Estado de um grupo em detrimento do outro. Eu acredito que algo a mais está envolvido, todavia. O Estado não está tentando arbitrar entre os interesses discursivos dos vários grupos, mas, ao contrário, está tentando estabelecer condições essenciais para a auto-governança global, assegurando que todos os lados estejam apresentados ao público.”¹⁰⁴⁴

No Brasil, o *hate speech* ganhou destaque com o julgamento do caso Ellwanger pelo STF (Habeas Corpus nº. 82.424/RS), que entendeu que manifestações antissemitas caracterizam o crime de racismo, devendo ser penalizadas. Grande parte da discussão girou em torno da definição de racismo. A liberdade de expressão ganhou destaque, por um lado, no voto do Ministro Gilmar Mendes, que através da ponderação dos valores conclui que a liberdade de expressão deveria ceder perante a igualdade e a dignidade humana, e, por outro, no voto do Ministro Marco Aurélio, que defendeu o direito de livre manifestação do pensamento, uma vez que, na interpretação, do Ministro a obra não proferia um discurso antissemita, mas apenas apresentava um ponto de vista histórico. A posição do Ministro Gilmar Mendes saiu vitoriosa e, por oito votos a três, o STF estabeleceu o *hate speech* não possui espaço na ordem constitucional pátria¹⁰⁴⁵.

¹⁰⁴³ Idem, p. 82. A mesma posição é compartilhada por SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. **Teoria da Constituição e Democracia Deliberativa...**, p. 165.

¹⁰⁴⁴ **A ironia da liberdade de expressão...**, p. 49.

¹⁰⁴⁵ Na ementa ficou assente que: “Liberdade de expressão. Garantia constitucional que não se tem como absoluta. Limites morais e jurídicos. O direito à livre expressão não pode abrigar, em sua abrangência, manifestações de conteúdo imoral que implicam ilicitude penal. 14. As liberdades públicas não são incondicionais, por isso devem ser exercidas de maneira harmônica, observados os limites definidos na própria Constituição Federal (CF, artigo 5º, § 2º, primeira parte). O preceito fundamental de liberdade de expressão não consagra o “direito à incitação ao racismo”, dado que um direito individual não pode constituir-se em salvaguarda de condutas ilícitas, como sucede com os delitos contra a honra. Prevalência dos princípios da dignidade da pessoa humana e da igualdade

Portanto, a liberdade de expressão, de informação e participação são valores fundamentais para o adequado desenvolvimento do processo democrático deliberativo. A sua função procedimental para o debate é evidente, pois são direitos que abrem os canais de acesso à esfera pública e distribuem as condições essenciais para qualquer debate: a informação e a expressão. Todavia, esses direitos podem ser restringidos quando estiver em risco a autonomia privada do cidadão e/ou o próprio sistema democrático. Tais hipóteses não configuram censura, mas medidas de equilíbrio e ajuste da própria democracia.

Isso não significa que as sociedades democráticas estejam livres do fantasma da censura. Como já dito anteriormente, a democracia é um eterno *por vir*, de modo que o combate à censura das liberdades fundamentais deve ser constante. As sociedades democráticas não podem descansar nunca, devendo manter-se em um estado de alerta permanente, pois é justamente no momento em que as liberdades parecem estar plenamente asseguradas, que as censuras assombram silenciosamente a democracia. Como explica Gustavo Binimbojm, “... uma das características sorrateiras da censura é a de negar não apenas as ideias diferentes ou discordantes, mas sobretudo a de negar-se a si mesma. A censura costuma ser um mal oculto e silencioso justamente porque a voz silenciada é sempre a dos opositores – os *outros invisíveis*.”¹⁰⁴⁶ Desse modo, cabe à sociedade civil, e especialmente à jurisdição constitucional, serem eternos vigilantes das liberdades procedimentais fundamentais à democracia; nesta seara não há espaço para tolerâncias, apenas para a proteção irrestrita da liberdade.

Em geral, nas sociedades democráticas, existem dois caminhos para a violação das liberdades: através da censura de qualquer manifestação de pensamento ou opinião, o que geralmente é utilizado pelos regimes autoritários, ou através da detenção da propriedade sobre os meios de comunicação, o que é feito

jurídica.” (SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Relator Ministro Moreira Alves. Relator para o Acórdão Ministro Maurício Corrêa. Julgado em 17/09/2003). Daniel Sarmento destaca que “a ação punitiva do Estado foi concebida naquele julgado não como um atentado contra os direitos fundamentais do acusado, mas como um instrumento necessário à tutela dos direitos fundamentais das vítimas do delito.” (**Direitos Fundamentais e Relações Privadas...**, p. 138).

¹⁰⁴⁶ Meios de Comunicação de Massa, Pluralismo e Democracia Deliberativa. As liberdades de expressão e de imprensa nos Estados Unidos e no Brasil..., p. 487.

através dos grupos que detêm o monopólio sobre a mídia¹⁰⁴⁷. Assim, as censuras aparecem por duas vias: a *institucional* e *mediática*.

A *censura institucional* é sempre feita em nome de um interesse público nebuloso e genérico, como a censura em nome da segurança nacional, da ordem social ou da soberania da nação¹⁰⁴⁸. A criminalização do direito ao protesto, acima mencionado, é uma forma típica de censura velada que acontece em diversas democracias contemporâneas. No entanto, mecanismos clássicos de censura também ocorrem na calmaria das democracias. A censura à liberdade de imprensa e a opacidade das informações de interesse público são dois caminhos típicos para esvaziar o debate democrático e esconder tudo aquilo que é julgado como inconveniente para discussão pública.

Em 2009, quando a Constituição de 1988 completou vinte e um anos de luta em busca da consolidação da democracia, e quando se imagina que após cinco eleições democráticas – sendo que em duas um ex-metalúrgico elegeu-se Presidente da República – a democracia está enraizada na cultura democrática brasileira, alguns episódios demonstram que a luta pela liberdade de informação, de expressão, de imprensa, enfim, a luta pelas liberdades procedimentais essenciais para a construção de um debate público robusto, racional e legítimo, nunca deve cessar.

Um episódio marcante envolve um dos maiores, senão o maior, defeito estrutural da cultura democrática e republicana brasileira: a ausência de publicidade dos atos públicos, especialmente, de uma publicidade adequada e acessível dos gastos públicos. A falta de transparência e a dificuldade para acessar informações públicas foi sentida por um dos maiores órgãos de imprensa do país; imagine-se, então, a dificuldade que um cidadão comum teria para acessá-los.

Em 09 de fevereiro de 2009, o jornal Folha de São Paulo formalizou um pedido, encaminhado para o Presidente da Câmara dos Deputados, solicitando a

¹⁰⁴⁷ NORIEGA, Saúl López. Democracia y medios de comunicación. In: **DOXA. Isonomia. Revista de Teoría e Filosofía del Derecho**, nº. 27, 2007, p. 11. Acesso em: 10. out. 2009. Disponível em: <http://www.cervantesvirtual.com/porta/DOXA/isonomia.shtml>.

¹⁰⁴⁸ Miguel Carbonell relata um caso típico de censura institucional realizada pela Suprema Corte de Justiça do México na sentença proferida no Recurso de Amparo 2676/2003. Nesta decisão, a Corte condenou criminalmente um cidadão por ter escrito um poema que insultava a bandeira nacional. (Ultrajando a la Constitución. La suprema corte contra la libertad de expresión. In: **DOXA. Isonomia. Revista de Teoría e Filosofía del Derecho**, nº. 25, 2006. Disponível em: <http://www.cervantesvirtual.com/porta/DOXA/isonomia.shtml>. Acesso em: 10. out. 2009).

fotocópia dos documentos que indicam a maneira como os parlamentares utilizaram a verba indenizatória, concedida mediante o Ato da Mesa nº. 62 de 5 de abril de 2001, durante o período de setembro a dezembro de 2008. No dia seguinte, o Presidente da Câmara indeferiu o pedido de acesso aos documentos públicos sob a alegação de inviabilidade técnica, já que fotocopiar todos os recibos demandaria um grande tempo, e de que tais informações estão protegidas pelo art. 5º, inc. X da Constituição. Diante do indeferimento, o Jornal impetrou o Mandado de Segurança nº. 28.177/DF com pedido de liminar alegando ofensa ao art. 5º, inc. XXXIII, o qual garante a todos o recebimento de informações dos órgãos públicos, seja em função de interesse particular, coletivo ou geral, ressalvadas apenas as informações imprescindíveis à segurança da sociedade.

A liminar foi deferida pelo Ministro Marco Aurélio em 19 de agosto de 2009 com os seguintes argumentos: *i)* o direito à petição e ao acesso aos documentos públicos são direitos fundamentais (art. 5º. inc. XXXIV); *ii)* a imprensa detém o direito-dever de informar o público, o qual possui direito subjetivo à informação que não pode ser negado por argumentos burocráticos e nem mesmo pela lei (art. 220, §1º); *iii)* a Administração Pública deve pautar-se pelos princípios insertos no caput do art. 37, dentre os quais publicidade e eficiência possuem uma relação intrínseca; e *iv)* a cobrança de informações dos Poderes Públicos revela um novo censo de cidadania que caminha para o fortalecimento da força da própria Constituição¹⁰⁴⁹.

A decisão liminar foi ignorada pelo Presidente da Câmara dos Deputados, sinalizando um profundo desrespeito à Justiça e às instituições do Estado Democrático de Direito. Passados quarenta e dois dias, o Presidente da Câmara interpôs um agravo regimental, no qual justificou o não cumprimento da liminar alegando *i)* a inviabilidade de separar e fotocopiar aproximadamente setenta mil comprovantes; *ii)* que todas as informações sobre os gastos parlamentares estão disponíveis no Portal da Transparência na Câmara na internet; *iii)* que a disponibilização desses documentos para a imprensa fere a privacidade e a

¹⁰⁴⁹ Na decisão liminar, o Ministro Marco Aurélio citou o Mandado de Segurança nº. 24.725-8/DF, o qual, envolvia controvérsia equivalente a ora em análise e lembrou que na ocasião o pedido liminar foi deferido pelo Ministro Celso de Mello, destacando que o MS nº. 24.725-8/DF só não foi à julgamento no plenário em razão da desistência formalizada pela impetrante.

intimidade dos parlamentares¹⁰⁵⁰; e iv) que, se deferido o pedido, muitos outros similares podem ser feitos, implicando o fornecimento de milhares de cópias.

No voto proferido no Agravo Regimental, o Ministro Marco Aurélio recusou as justificativas apresentadas pelo Presidente da Câmara para não cumprir a decisão e frisou que i) a alegação de privacidade está completamente descontextualizada, pois o que está em jogo é a publicidade de documentos públicos; ii) que o pedido do Jornal não é um “mero capricho” como alegou o Presidente da Câmara, pois no Portal da Transparência só estão disponíveis as informações dos gastos realizados de abril de 2009 em diante, de modo que a alegação de disponibilidade de todas as informações no referido portal caracteriza litigância de má-fé; iii) que o direito de liberdade de expressão, que pressupõe a liberdade de informação, não pode ser obstruído conforme dispõe o art. 220, § 1º; e iv) que a postura do Presidente da Câmara é absolutamente inadequada em uma república democrática; sendo o episódio “... emblemático para definir-se o estágio do Estado de Direito.”

O Agravo Regimental foi levado ao Plenário do Supremo Tribunal, que embora tenha sido unânime quanto ao dever de publicidade, cassou a liminar por considerá-la satisfativa, vencidos os Ministros Celso de Mello, Cármen Lúcia Antunes Rocha e Carlos Ayres Britto.

Ausência de publicidade adequada sobre a coisa pública e o impedimento de acesso de dados públicos por órgãos de imprensa caracteriza verdadeira censura à liberdade de expressão. Como já referido, sem informação, o direito à liberdade de expressão é coibido e, conseqüentemente, o debate público que seria capaz de formar uma opinião pública fundamentada e conduzir a decisões públicas racionais é inviabilizado. Esconder informações públicas de grande interesse para a sociedade é, sem dúvidas, uma forma de censurar a liberdade de expressão e manipular a agenda do debate democrático. Assim, em plena vigência da República democrática, o governo é capaz de censurar a liberdade de expressão com estratégias como a seleção de assuntos que podem ser debatidos publicamente.

¹⁰⁵⁰ Conforme se destaca do voto proferido pelo Ministro Marco Aurélio no julgamento do Agravo Regimental impetrado pela Câmara dos Deputados, chegou-se a alegar, inclusive, que a publicidade dos documentos solicitados afetaria a dignidade da pessoa humana, fundamento da república. (SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. AgRMS nº. 28. 177/DF. Relator Ministro Marco Aurélio. julgado em: 30/09/2009, p. 05).

Diante de situações como essas, cabe à jurisdição constitucional a defesa irrestrita do direito à liberdade de expressão como condição sem a qual não é possível a democracia, muito menos uma democracia feita de deliberações dotadas de valor epistêmico suficiente para a produção de decisões legítimas e racionais. Assim, é perfeita a lição de Ely de que a jurisdição constitucional deve ser fiscal das condições procedimentais para a democracia. No mesmo sentido é a lição de Habermas de que em uma democracia a jurisdição constitucional deve preocupar-se com a proteção das condições procedimentais para o acesso às deliberações públicas e de Nino, de que a jurisdição deve voltar-se a manutenção de um debate democrático dotado de valor epistêmico.

A jurisdição constitucional de um Estado Democrático de Direito funciona como instrumento de defesa das condições procedimentais para a democracia deliberativa. Por isso, é seu dever derrubar qualquer espécie de censura institucional à liberdade de expressão, informação e participação. Aí o seu papel de guardião não só da Constituição, mas da Constituição *democrática*. Desse modo, o problema da censura agrava-se quando ela é cancelada, ou pior, promovida pelo Poder Judiciário.

Contudo, é importante distinguir a *censura judicial* da *proteção judicial das investigações sigilosas*. Recentemente, ganhou destaque na mídia a “censura judicial” ao Jornal Estado de São Paulo, dando a impressão de que os fantasmas da ditadura estariam ressurgindo das trevas.

No auge da crise política do Senado Federal, cujo Presidente, o Senador José Sarney, foi alvo de inúmeras denúncias, o Jornal Estado de São Paulo pretendia publicar informações sobre a Operação – sigilosa – Boi Barrica, envolvendo o filho do Senador, Fernando Sarney, quem se apressou e impetrou um Mandado de Segurança para que o Jornal fosse proibido de veicular notícias envolvendo o seu nome e a referida operação da Polícia Federal. E conseguiu. Em decisão monocrática, o Des. Dácio Vieira do Tribunal de Justiça do Distrito Federal determinou aquilo que foi noticiado como “censura prévia” ao Jornal. Curiosamente, levado o litígio ao Plenário, o TJ/DF alegou incompetência absoluta, mas confirmou a decisão monocrática, embora disponha o art. 132, § 2º. do CPC que “declarada a incompetência absoluta, (...) os atos decisórios serão nulos”.

Perante situações como essas é preciso não se deixar envolver pela

emoção que contamina a opinião pública e lembrar que se vive em um Estado Democrático *de Direito*, no qual em nome da defesa da liberdade de expressão – ou de qualquer outro princípio – as regras, especialmente as regras constitucionais – não podem ser ignoradas. Como já dito, o comprometimento com a igualdade e a liberdade depende de uma leitura do texto constitucional positivo, o que significa uma leitura positivista da Constituição, a qual deve ser interpretada sistematicamente. Dessa forma, deve-se observar que a liberdade de expressão e imprensa encontra restrições no próprio texto constitucional; tal como a disposta no art. 5º, inc. XXXIII: “todos têm direito a receber dos órgãos públicos informações de seu interesse particular, ou de interesse coletivo ou geral, que serão prestadas no prazo da lei, sob pena de responsabilidade, ressalvadas aquelas cujo sigilo seja imprescindível à segurança da sociedade e do Estado”. Portanto, embora as informações que dizem respeito a pessoas públicas e possuam relevante interesse público – como é a informação que pretendia publicar o Jornal Estado de São Paulo – não estejam protegidas pelo direito à intimidade, à honra e à personalidade, elas não podem ser divulgadas quando são decorrentes de uma investigação sigilosa. A liberdade de expressão encontra limites que devem ser respeitados. No caso do litígio acima, o sigilo da operação deve ser observado. Pode-se até questionar a necessidade desse sigilo, mas não é possível que em nome da liberdade de expressão faça-se de conta de que ele não existe e está previsto na Constituição.

Deixando de lado as inúmeras questões que envolvem o caso, importa apenas destacar, novamente, que a democracia é uma luta eterna, devendo a sociedade civil estar atenta para eventuais censuras institucionais, uma vez que mesmo a jurisdição constitucional pode vir a falhar na sua missão de proteção às condições procedimentais da democracia. Assim, embora a jurisdição constitucional seja um instrumento de defesa da democracia, a sociedade não está dispensada de cumprir o seu papel. O caso acima relatado é um bom exemplo de como isso pode correr, já que a suposta censura prévia imposta pelo Tribunal de Justiça do Distrito Federal foi amplamente divulgada pelos meios de comunicação, reacendendo o debate sobre a censura e a liberdade de expressão na esfera pública, ou seja, despertando a atenção para os riscos permanentes a que a democracia está sujeita.

Porém, não se pode esquecer que, embora a mídia possa desempenhar um papel extraordinário contra a censura, ela mesma pode ser um mecanismo eficaz de

censura, uma vez que na era na comunicação e da tecnologia, o direito à informação, fundamental para a democracia, é realizado através da atividade da imprensa por meio das mais diferentes mídias: jornais, periódicos, rádios, televisão e internet. Nas sociedades em que impera a liberdade de imprensa, com autonomia econômica e jurídica¹⁰⁵¹, as possibilidades para o debate democrático são quase que absolutamente dominadas pelos órgãos de imprensa. Entretanto, a imprensa só cumpre o seu papel na democracia quando está assegurado o seu *pluralismo interno*, isto é, quando a imprensa veicula informações a partir de diversos pontos de vista, assegurando igual oportunidade para que todos se manifestem, e *pluralismo externo*, ou seja, quando os meios de comunicação estejam distribuídos na sociedade¹⁰⁵².

Contudo, os órgãos de imprensa em uma sociedade capitalista frenquemente organizam-se conforme o mercado, não observando os ditames do *pluralismo interno* e externo. Conforme explica Owen Fiss, embora nas sociedades democráticas a imprensa possua autonomia perante o Estado “... há outras formas – sobretudo o mercado – que constroem a imprensa na sua cobertura de questões públicas e que podem causar o seu fracasso no cumprimento do dever de manter o público informado.”¹⁰⁵³ Assim, em nome da elevação dos lucros, por exemplo, alguns órgãos de imprensa substituem as informações de alta relevância pública por assuntos mais populares, afinal, como ironiza o autor norte-americano, “Controvérsias políticas não são uma boa forma de vender sabão.”¹⁰⁵⁴ Por esse motivo, diante das ameaças do mercado, para que a imprensa cumpra o seu dever de informação de forma imparcial e diversificada, é necessária uma regulação estatal equilibrada¹⁰⁵⁵⁻¹⁰⁵⁶.

¹⁰⁵¹ FISS, Owen. **A ironia da liberdade de expressão...**, p. 99-100.

¹⁰⁵² NORIEGA, Saúl López. Democracia y medios de comunicacion. ..., p. 19.

¹⁰⁵³ FISS, Owen. **A ironia da liberdade de expressão...**, p. 101.

¹⁰⁵⁴ FISS, Owen. Idem, p. 104.

¹⁰⁵⁵ Na era do Estado Regulador, a regulação estatal sobre os meios de comunicação insere-se na chamada “segunda onda regulatória”, conforme explica Marçal Justen Filho, “Com a drástica redução da atuação estatal direta, incrementou-se a concepção da regulação econômica como meio de controle das deficiências do mercado. No entanto, verificou-se que a realização de inúmeros outros fins, de natureza sociopolítica, também deveria ser tomada em vista pela regulação. A intervenção estatal de natureza regulatória não poderia restringir-se a preocupações meramente econômicas. O Estado não poderia ser concebido como um simples “corretor dos defeitos econômicos” do mercado, mas lhe incumbiria promover a satisfação de inúmeros outros interesses, relacionados a valores não econômicos. Assim, o elenco dos fins buscados através da regulação

A Constituição de 1988 reconhece que a mídia deve ser regulada para que seja protegida a liberdade de expressão e informação. Por essa razão apresentou o regime jurídico fundamental dos meios de comunicação social a fim de promover o *pluralismo interno* e externo dos meios de comunicação e garantir que a sociedade possa exercer o seu direito de informação com qualidade. Portanto, além da censura oficial, houve a preocupação de evitar a censura realizada pelas manipulações dos próprios meios de comunicação por motivos econômicos, políticos ou sociais. Por isso, além dos direitos fundamentais à liberdade de expressão garantidos pelo art. 5º., a Constituição disciplinou o exercício da liberdade de imprensa no Capítulo V do Título VIII. Assim, a interpretação do direito à liberdade de expressão e de imprensa na Constituição de 1988 não pode ser feita sem a leitura sistemática da Constituição.

No rol de direito e garantias fundamentais do art. 5º., a Constituição assegurou, por um lado o direito à liberdade de manifestação de pensamento (inc. IV), o direito à liberdade de expressão, artística, intelectual, científica e de comunicação (inc. IX) e o direito à informação, resguardado o sigilo de fonte quando necessário (inc. XIV); por outro, o direito à resposta proporcional ao agravo (inc. V) e a inviolabilidade da intimidade, da vida privada, da honra e da imagem da pessoa (inc. X). Desta forma, da simples leitura do art. 5º., já se percebe que o direito à liberdade de expressão não é absoluto, pois para a Constituição a autonomia pública e a autonomia privada devem formar uma composição de base para o Estado democrático.

escapa facilmente de uma abordagem exclusivamente econômica. É necessário proteger o meio-ambiente e os direitos de minorias, por exemplo. A racionalidade econômica poderia induzir a práticas ecologicamente reprováveis. Reconhece-se que o patrimônio do ser humano não se reduz aos bens econômicos, mas abrange inúmeros bens imateriais.” (**O Direito das Agências Reguladoras Independentes...**, p. 38).

¹⁰⁵⁶ Nos Estados Unidos, a fim de evitar que as redes de rádio e televisão fossem dominadas pelos interesses puramente econômicos, a *Federal Communications Commission*, agência reguladora norte americana, elaborou em 1949 a *fairness doctrine*, a qual só se oficializou em 1959 na Codificação das Regulações Federais. Em síntese, Binebojm apresenta um resumo da doutrina: “I) devotar um razoável percentual de tempo da programação à cobertura de fatos e questões controvertidas de interesse coletivo; II) oferecer razoável oportunidade para a apresentação de pontos de vista contrastantes sobre tais fatos e questões, de modo a proporcionar ao ouvinte ou telespectador o conhecimento das diversas versões e opiniões sobre o mesmo assunto; III) garantia do direito de resposta a candidatos em campanha política que houvessem sido *criticadas* ou pessoalmente atacados em matérias ou editoriais hostis.” (BINENBOJM, Gustavo, *Meios de Comunicação de Massa, Pluralismo e Democracia Deliberativa. As liberdades de expressão e de imprensa nos Estados Unidos e no Brasil...*, p. 480). Sobre a contraditória aplicação da doutrina pela Suprema Corte norte-americana, cf. Idem, p. 481-485 e FISS, Owen. **A ironia da liberdade de expressão...**, p. 99-134.

Mas não é só. O art. 220 da Constituição garante a proteção ao exercício das liberdades, destacando a liberdade de expressão jornalística (§ 1º.). Porém, ainda no parágrafo § 1º, abre-se uma exceção: a lei poderá regulamentar a atividade jornalística observando o disposto no art. 5º., IV, V, X, XIII e XIV. Tal regulação deve estar voltada, obviamente, à promoção da liberdade de expressão jornalística e à garantia do *pluralismo interno* dos meios de comunicação.

Independentemente da regulação do direito à liberdade de imprensa, uma interpretação comprometida com a democracia pode fazer dos próprios dispositivos constitucionais mecanismos de promoção do *pluralismo interno*. Nesse sentido, Gustavo Binbenbom sugere que o direito de resposta (art. 5º., inc. V) funcione como um mecanismo para que os diversos pontos de vista, em conflito, sobre uma questão de interesse público exponham, publicamente, seus argumentos. Como explica o autor, o “... direito de resposta não deve ser limitado à prática de algum ilícito penal ou cível pela empresa de comunicação, mas deve ser elástico para uma gama mais ampla de situações que envolvem fatos de interesse público.”¹⁰⁵⁷ Esse potencial do direito à resposta poderia ser explorado pela mídia colaborativa (*collaborative media*), abrindo espaço para que as questões de interesse público controvertidas sejam expostas publicamente por diferentes pontos de vista¹⁰⁵⁸.

Todavia, conforme adverte o § 1º do art. 220, uma regulamentação para a proteção adequada da liberdade expressão e da autonomia privada é necessária. Até recentemente o ordenamento jurídico contava com uma Lei de Imprensa – Lei nº. 5.520/67 –, uma lei elaborada na época da ditadura militar, é verdade, mas uma lei de imprensa que tinha lá suas virtudes. No entanto, no julgamento da ADPF nº. 130/DF, o STF declarou, por maioria, a incompatibilidade da Lei de Imprensa com a Constituição de 1988. No voto do Ministro Relator Carlos Ayres Britto ficou assente que a “... Constituição brasileira se posiciona diante de bens jurídicos de personalidade para, de imediato, cravar uma primazia ou precedência: a das liberdades de pensamento e de expressão *lato sensu* (que ainda abarca todas as modalidades de criação e de acesso à informação...).”¹⁰⁵⁹

¹⁰⁵⁷ BINENBOJM, Gustavo, Meios de Comunicação de Massa, Pluralismo e Democracia Deliberativa. As liberdades de expressão e de imprensa nos Estados Unidos e no Brasil..., p. 491.

¹⁰⁵⁸ Idem, p. 491.

¹⁰⁵⁹ ADPF nº. 130/DF. Relator Ministro Carlos Ayres Britto. Julgada em 30.abr.2009, p. 77 do voto do Ministro Relator.

Desse modo, ao contrário do que está clarividente no texto da Constituição, entendeu o STF que o direito à liberdade de expressão é um direito que não comporta regulamentação e está dotado de uma primazia sobre os direitos da personalidade, como se a Constituição tivesse colocado a autonomia pública acima da autonomia privada.

Pela procedência parcial da ação, manifestaram-se o Ministro Joaquim Barbosa e a Ministra Ellen Gracie, ambos ressaltados os dispositivos que versam sobre crimes contra a honra no exercício da liberdade de imprensa; e o Ministro Gilmar Mendes, que julgou a ação parcialmente procedente, ressaltando o direito de resposta, que embora consagrado na Constituição, necessitaria de regulamentação para tornar o seu exercício possível de maneira imediata. Já o Ministro Marco Aurélio manifestou-se pela improcedência total do pedido.

A declaração de incompatibilidade integral da Lei de Imprensa trouxe mais malefícios à liberdade de imprensa e ao direito à informação do que benefícios. Conforme destacou o Professor René Dotti em artigo publicado no jornal Folha de São Paulo *i)* o direito à resposta do art. 5º, inc. V não é autoaplicável; *ii)* a aplicação da legislação criminal à imprensa lhe será prejudicial, uma vez que o Código Penal é mais severo nas causas de exclusão de ilicitude penal e civil e nos prazos de prescrição¹⁰⁶⁰; *iii)* a alteração da regra de competência será prejudicial para as vítimas, já que no Código de Processo Penal é competente o lugar onde ocorreu o delito, enquanto o art. 40 da Lei de Imprensa permitia a distribuição de ações no local onde o delito produziu efeitos, isto é, onde as vítimas teriam sofrido dano à honra; e, *iv)* a aplicação do art. 927 do Código Civil trará inúmeros prejuízos ao direito de informação, já que será possível indenizações independentemente de culpa, conforme precedente do Tribunal de Justiça do Rio Grande Sul. Assim, alerta o ilustre Professor para o fato de que “Surge a tendência de fazer do jornalismo uma atividade de risco para autorizar indenizações de grande valor financeiro. Isso é péssimo para a liberdade e a democracia.”¹⁰⁶¹

Dessa forma, ao declarar a Lei de Imprensa totalmente incompatível com a Constituição de 1998, a maioria do STF, que pensava estar promovendo a liberdade

¹⁰⁶⁰ Como destaca o Professor René Dotti, a inexistência de abuso no exercício da crítica “inspirada no interesse público” é umas hipóteses de exclusão de ilicitude da lei de imprensa que não possui equivalente no Código Penal.

¹⁰⁶¹ O diálogo entre a corda e o pescoço. **Jornal Folha de São Paulo**. Coluna Tendências & Debates. Publicado em 13 de maio de 2009.

de imprensa e de informação, apenas dificultou a atividade jornalística. Embora a Constituição já traga diversas garantias para a liberdade de imprensa, a ausência de um marco regulatório para a atividade jornalística pode provocar uma insegurança jurídica extremamente prejudicial à veiculação destemida das informações fundamentais para o debate democrático e fazer do direito à liberdade de expressão um direito a ser exercido com cautela pela imprensa¹⁰⁶².

Entretanto, se a boa vontade do STF para proteger a liberdade de expressão no julgamento da lei de imprensa caracterizou-se como um tiro pela culatra, a dispensa de diploma de jornalista para exercer o direito à liberdade de expressão em veículos de comunicação foi brilhante. No julgamento RE nº. 511.961-1/SP, o STF declarou inconstitucional a exigência de diploma de jornalista feita pelo art. 4º, inc. V do Decreto-Lei nº. 972/1969. De acordo com o voto do Ministro Relator Gilmar Mendes, tal exigência fere o direito à liberdade de expressão assegurada pelo art. 5º. inc. IV da Constituição e o art. 13 do Pacto de San José da Costa Rica. Para o Ministro, “O jornalismo é uma profissão diferenciada por sua estreita vinculação ao pleno exercício das liberdades de expressão e de informação. (...) o jornalismo e a liberdade de expressão são atividades que estão imbricadas por sua própria natureza e não podem ser pensadas e tratadas de forma separada”¹⁰⁶³. A decisão foi acompanhada por todos os Ministros, vencido apenas o Ministro Marco Aurélio, quem entendeu que a suspensão da exigência de jornalismo frustraria as

¹⁰⁶² Virgílio Afonso da Silva lembra de um outro caso envolvendo a liberdade de expressão julgado em 2001 pelo STF na ADI-MC 2566, na qual se arguia a inconstitucionalidade do art. 4º, § 1º. da Lei nº. 9612/98, que regulamenta atividade de radiodifusão comunitária. O referido artigo proibia que as rádios comunitárias transmitissem proleísmo de qualquer natureza. A ADI foi indeferida, vencidos os Ministros Marco Aurélio e Celso de Melo que argumentaram que a Constituição veda qualquer tipo de censura. No entanto, é o próprio art. 220, § 1º que deixa explícita a autorização para a restrição dos direitos à liberdade jornalística. Como explica Virgílio Afonso da Silva, são os dispositivos referidos pelo § 1º do art. 220 “que garantem aqueles direitos mais sensíveis nos casos de uma ‘absolutização’ da liberdade jornalística, como a privacidade e a própria livre manifestação do pensamento e a liberdade geral de informação.” (**O Conteúdo Essencial dos Direitos Fundamentais e a Eficácia das Normas Constitucionais...**, p. 151). Para Virgílio esse tipo de interpretação “cria problemas jurídicos-legais, teóricos e práticos. *Jurídicos-legais*, porque é a própria constituição, de forma expressa e clara, que prevê que a liberdade de imprensa poderá ser restringida. *Teóricos*, porque, ao absolutizar um direito (a liberdade de expressão e de imprensa), coloca-o, na verdade, acima dos demais, criando uma relação hierárquica de difícil compatibilização com a ideia de sopesamento, já que direitos absolutos e superiores não podem ser relativizados por direitos não-absolutos e inferiores; sem a possibilidade de relativização, não há sopesamento possível. E práticos, porque impossibilita qualquer forma de regulação da atividade de imprensa no Brasil.” (Idem, Ibidem).

¹⁰⁶³ RE nº. 511.961-1/SP. Relator Ministro Gilmar Mendes. Julgado em 17.jun.2009.

expectativas dos milhares de universitários que organizaram seus planos de vida em função da regulamentação.

Com essa decisão, o STF garantiu não apenas a liberdade de expressão dos cidadãos, mas protegeu o direito à participação de todo o cidadão no debate público veiculado pela mídia, ampliando o *pluralismo interno* dos meios de comunicação¹⁰⁶⁴.

Todavia, a preocupação do constituinte foi além de equilibrar autonomia pública e privada e promover o *pluralismo internos* nos meio de comunicação. Recordando que o dinheiro pensa e fala¹⁰⁶⁵, o constituinte de 1988 inseriu o § 5º. no art. 220, de acordo com o qual “Os meios de comunicação social não podem, direta ou indiretamente, ser objeto de monopólio ou oligopólio.” A vedação ao monopólio e ao oligopólio é a garantia do *pluralismo externo* dos meios de comunicação, propiciando ao cidadão a ampliação de fontes de informação, com diversidade e divergência.

No entanto, objeta-se que a regulação sobre os meios de imprensa a fim de coibir a formação de monopólios e oligopólios é indevida nas democracias capitalistas porque intervém no direito de propriedade. Todavia, como explica Saúl Lopes Noriega, há uma confusão entre liberdade de expressão e os direitos de propriedade privada dos meios de comunicação. É necessário distinguir com clareza a esfera de cada um desses direitos para que a liberdade de expressão e informação não sejam absorvidas pelo direito de propriedade e, assim, legitime-se o monopólio da propriedade sobre a liberdade de expressão e informação¹⁰⁶⁶. Nesse sentido, Luigi Ferrajoli explica:

“A principal garantia da liberdade de expressão radica na sua separação e independência da propriedade, essas são tão essenciais para a informação como são para o Poder Judiciário sua independência e separação do Poder Executivo. Se é certo que direito à informação é devorado por sua confusão com o direito de propriedade, então a solução

¹⁰⁶⁴ Vale destacar, no entanto, que após a declaração de inconstitucionalidade da exigência de diploma de jornalista, dois projetos de emenda à Constituição foram apresentados no Congresso Nacional a fim de constitucionalizar a regulamentação da profissão de jornalista nos exatos termos que foram declarados inconstitucionais pelo STF. No Senado Federal tramita a PEC nº. 33/2009 e na Câmara dos Deputados a PEC 386/2009.

¹⁰⁶⁵ HOLMES, Stephen. Restricciones liberales al poder privado? Reflexiones sobre los orígenes y las justificaciones de la regulación del acceso a los medios de comunicación. Tradução Pablo Larranaga. **DOXA. Isonomia. Revista de Teoría e Filosofía del Derecho**, nº. 25, 2007, p. 22. Disponível em: <http://www.cervantesvirtual.com/portal/DOXA/isonomia.shtml>. Acesso em: 10. out. 2009.

¹⁰⁶⁶ NORIEGA, Saúl López. Democracia y medios de comunicacion..., p. 11.

radica em separar esses direitos invertendo a relação atual: submetendo o poder empresarial dos grupos editoriais e televisivos, público e privados, aos limites e vínculos que derivam da independência de liberdade de imprensa e informação.”¹⁰⁶⁷

Portanto, não cabe argumentar que a regulação sobre a formação de monopólios seja uma violação à propriedade privada, pois é antes um mandamento constitucional que visa assegurar as condições procedimentais para a democracia, promovendo o pluralismo de fontes que é fundamental ao exercício do direito de informação do cidadão e à formação de uma opinião pública verdadeira, afinal, “... não é qualquer opinião pública que é democrática. Senão aquela livremente exposta, sem manipulação ou freios externos.”¹⁰⁶⁸ A liberdade de expressão não se realiza mediante a liberdade de iniciativa, caso contrário, a democracia terá sido entregue para a administração do mercado.¹⁰⁶⁹

No Brasil, infelizmente, parece que o § 5º. do art. 220 foi esquecido. A mídia encontra-se concentrada nas mãos de poucas famílias que exercem um verdadeiro monopólio sobre o direito à informação. Por isso, cabe à sociedade civil, com o apoio indiscutível da jurisdição constitucional, estar atenta à uniformização da informação promovida pelos monopólios e impedir que a concentração se perpetue¹⁰⁷⁰. Assim, adverte Sérgio Moro que “... as Cortes não podem ignorar a necessidade de alguma regulação estatal, hipótese em que intervenção judicial não pode ser meramente coibidora da regulação”¹⁰⁷¹⁻¹⁰⁷². Ainda, comentando sobre a

¹⁰⁶⁷ FERRAJOLI, Luigi. *Liberdad de Información e Propiedad Privada: Una propuesta no utópica*. Tradução Pedro Salazar Ugarte. Nexos. 316 abril 2004. México p.40 *apud* NORIEGA, Saúl López. *Democracia y medios de comunicacion...*, p. 14.

¹⁰⁶⁸ ROCHA, Cámen Lúcia Antunes. *O juiz na nova ordem constitucional...*, p. 263.

¹⁰⁶⁹ FISS, Owen. **A ironia da liberdade de expressão...**, p. 134.

¹⁰⁷⁰ Com o intuito de garantir o direito à informação e à liberdade de expressão, o Ministério Público Federal de Santa Catarina propôs a Ação Civil Pública nº. 2008.72.000.14043-5 em face do Grupo Rede Brasil Sul (RBS) que detém o controle de seis emissoras de televisão, dos jornais Diário Catarinense, Hora de Santa Catarina, Jornal de Santa Catarina e, recentemente, comprou o jornal A Notícia; além de três emissoras de rádio. Conforme notícia publicada no site do MPF/SC, as empresas do grupo estão registradas em nome de diferentes pessoas da mesma família com o objetivo de não ultrapassar o limite estabelecido em lei, caracterizando um verdadeiro oligopólio. Informações detalhadas podem ser encontradas em <http://noticias.pgr.mpf.gov.br/noticias-do-site/direitos-do-cidadao/mpf-questiona-oligopolio-do-grupo-rbs-em-santa-catarina/>. Atualmente, a ação encontra-se aguardando sentença.

¹⁰⁷¹ **Jurisdição Constitucional como Democracia...**, p. 268.

¹⁰⁷² Contra o monopólio dos meios de comunicação, o Tribunal Constitucional Alemão declarou na decisão *Television I* 12BVerfGE 205 (1961) que o direito a liberdade de expressão é um direito institucional; em *Spiegel* (1966) afirmou o dever do Estado de manter a independência dos meios de comunicação, ressaltando a dimensão objetiva da liberdade de expressão; em *Television II* (1971) afirmou que as empresas de comunicação, embora privadas são instituições de interesse

ampliação do monopólio dos meios de comunicação norte-americanos, Owen Fiss, destaca que

“A revolução tecnológica em andamento nas comunicações pode nos apresentar um grande número de canais, mas enquanto todos eles forem governados pelo mercado, permanece o risco de que a cobertura seja distorcida. Para usa a canção de Bruce Springsteen, 500 canis, e mesmo assim nada na televisão (*500 chanelns and still nothing on*)”¹⁰⁷³.

Um dos setores da mídia que vem sofrendo constantes violações ao direito de participação, informação e expressão são as rádios comunitárias. A concessão, permissão e autorização para o serviço de radiodifusão sonora dependem de um ato do Executivo que deve ser aprovado pelo Legislativo. Mesmo as rádios comunitárias precisam passar por um processo de concessão simplificado no Congresso, conforme dispõe a Lei nº. 9.612/98. Tal regulação deveria estar voltada à ampliação dos canais de comunicação de forma democrática, garantindo a todos o igual direito de acesso. Contudo, esse processo não é levado a sério, tendo em vista a concentração dos meios de comunicação nas mãos de poucos, e muitas vezes nas mãos dos próprios parlamentares, que se utilizam das prerrogativas funcionais em benefício próprio¹⁰⁷⁴. Há ainda o problema da morosidade dos processos administrativos de autorização para funcionamento, o que acaba incentivando a abertura clandestina de rádios comunitárias, que como bem observa Gustavo Binenbojm configura “... inconstitucionalidade por omissão do Poder Público e não

público, devendo ser fortalecido o *pluralismo interno* e coibido o monopólio e, em Television III 57 BVerfGE 295 (1981), afirmou que a regulação da comunicação não pode ficar nas mãos das leis do mercado, nem mesmo quando a tecnologia se desenvolva a ponto de todos poderem ser proprietários de meios de comunicação. (NORIEGA, Saúl López. Democracia y medios de comunicacion..., p. 18 e ss).

¹⁰⁷³ FISS, Owen. **A ironia da liberdade de expressão...**, p. 110.

¹⁰⁷⁴ MORO, Sérgio Fernandes. **Jurisdição Constitucional como Democracia...**, p. 269. “Estes limites [da transparência] estão ligados ao fato de cerca de 115 parlamentares, muitos deles membros da comissão de comunicação do Congresso Nacional, poder que aliás decide sobre a concessão de empresas de comunicação (em imensa maioria há apenas algumas redes públicas – são empresas privadas, mas concessões públicas por tempo determinado), terem redes de televisão e rádio. Os que não têm empresa de comunicação eletrônica ou jornais, sem acesso à antena, como observou o jurista Leônidas Xauza, temem os que têm. Além do conflito de interesses entre esses parlamentares para deterem poder concedente, fiscalizar e dele serem beneficiados, há um desequilíbrio de poder entre representantes legislativos (em muitos estados já beneficiados por super-representação). Graças ao fato de serem proprietários de empresas da mídia eletrônica, cerceiam, censuram e manipulam as informações nos noticiários em proveito próprio; durante o período eleitoral, parlamentares, governadores e ministros burlam as restrições da propaganda eleitoral em benefício próprio ou das candidaturas que apóiam ao arremedo da lei.” (PINHEIRO, Paulo Sérgio, apud Gilberto Dimenstein. Democracia em pedaços: direitos humanos no Brasil, p. 14-15 apud MORO, Sérgio Fernandes. **Jurisdição Constitucional como Democracia...**, p. 269-270).

de ilegalidade das rádios comunitárias”¹⁰⁷⁵. Diante de situações como essa, cabe à jurisdição constitucional promover a defesa intransigente da liberdade de expressão como condição procedimental para democracia, garantido o funcionamento das rádios comunitárias até que seja finalizado o processo administrativo¹⁰⁷⁶.

A jurisdição constitucional deve ser promotora do diálogo coletivo e estar atenta às ações voltadas à opressão desse diálogo pela via da censura explícita ou pela concentração do poder de expressão nas mãos de setores privilegiados. Os juízes devem acender o sinal amarelo cada vez que enfrentarem uma medida voltada a esvaziar o debate democrático. A ausência de pluralismo das fontes de informação (ou de uma multiplicidade de vozes que se manifestam a esfera pública) acarreta no empobrecimento da cultura democrática e republicana. Conforme ensina Edilson Farias, com o pluralismo de fontes, internas e externas, os cidadãos ficam “(i) mais gabaritados para avaliar os assuntos em discussão na arena pública; (ii) mais instruídos para assumir as responsabilidades destinadas à soberania popular num regime constitucional; (iii) até mesmo mais preparados para fruírem adequadamente os seus direitos fundamentais.”¹⁰⁷⁷.

Finalmente, deve-se destacar que a garantia das condições procedimentais da democracia deliberativa pela jurisdição constitucional também implica um trabalho cauteloso por parte dos juízes, os quais devem verificar se as leis que tiveram sua inconstitucionalidade arguida passaram por uma deliberação pública adequada. Nessa linha, Roberto Gargarella traz o exemplo da Corte Colombiana que declarou inconstitucional a lei antiterrorismo, a qual havia sido aprovada em condições suspeitas. Verificou a Corte que no dia da votação vários legisladores mudaram de opinião sem justificá-la publicamente, portanto, sem oferecer oportunidade para o debate público¹⁰⁷⁸⁻¹⁰⁷⁹.

¹⁰⁷⁵ BINENBOJM, Gustavo, Meios de Comunicação de Massa, Pluralismo e Democracia Deliberativa. As liberdades de expressão e de imprensa nos Estados Unidos e no Brasil..., p. 494.

¹⁰⁷⁶ MORO, Sérgio Fernandes. **Jurisdição Constitucional como Democracia...**, p. 270-271.

¹⁰⁷⁷ FARIAS, Edilson. **Liberdade de expressão e comunicação: teoria e proteção Constitucional.** ..., p. 79.

¹⁰⁷⁸ Democracia Deliberativa e o Papel dos Juízes diante dos direitos sociais. In: **Revista de Direito do Estado** nº. 10. Ano nº. 3. Rio de Janeiro: Renovar, abr./jun., 2008, p. 19.

¹⁰⁷⁹ De acordo com Gargarella, para a Corte Colombiana, o debate parlamentar prévio e a aprovação de uma lei é tão importante que na decisão SC-760 de 2001 a Corte afirmou que ‘... faltando o debate, a votação subsequente deve ser considerada igualmente inválida, pois, ainda quando o debate e a aprovação são etapas identificáveis do processo parlamentar, a votação de um

Por outro lado, diante de leis amplamente discutidas na esfera pública institucionalizada e pela sociedade civil, a jurisdição constitucional deve reverenciar a decisão democrática – isso, obviamente, se a decisão for possível dentro dos limites oferecidos pelo texto da Constituição. As decisões públicas tomadas em um ambiente deliberativo, dotado de um alto valor epistêmico, devem ser acolhidas pela jurisdição constitucional desde que não violem a autonomia privada dos cidadãos, já que tais decisões configuram-se como verdadeiras reconstruções da Constituição mediante a interpretação pública.

Um bom exemplo nesse sentido é o julgamento da ADI nº. 3510/DF que discutia a constitucionalidade da Lei de Biossegurança. Embora essa lei tenha sido uma das poucas leis brasileiras que passou por ampla discussão pública, com grande cobertura da mídia, e por ampla discussão no próprio Congresso Nacional, em nenhum dos votos proferidos na ADI a favor da constitucionalidade da pesquisa com células-tronco, mencionou-se a ampla legitimidade democrática com que a lei já contava. Em nenhum momento foi lembrado que o legislador brasileiro, mediante um robusto diálogo com a sociedade, já tinha decidido qual seria a melhor interpretação para o direito fundamental à vida. Essa argumentação, ao lado de outras proferidas pelos senhores Ministros, certamente seria um argumentação de peso que enalteceria o procedimento democrático.

Portanto, observar o nível de legitimidade democrática do objeto de controle é uma das tarefas da jurisdição constitucional que visa preservar as condições procedimentais da democracia deliberativa¹⁰⁸⁰. A jurisdição constitucional deve trabalhar para que as decisões públicas sejam cada vez mais resultado de um

texto por parte do Congresso não é mais que a decisão que adota uma maioria, como conclusão do debate no qual tenha participado tanto maiorias quanto minorias... a votação não pode ser concebida independente do debate e da discussão parlamentar.” No mesmo sentido, na SC-1147 de 2003 a Corte defendeu que ‘... o debate e votação constituem parte essencial do trâmite legislativo fixado pelo ordenamento jurídico e, portanto... são instâncias determinantes que devem ser observadas e cumpridas cabalmente para que se possa considerar válido o processo de aprovação das leis’. Como destaca Gargarella, nas democracias é fundamental saber as razões que justificam as decisões, “Por isso, pode se dizer que há um problema quando os deputados votam sem saber o conteúdo do que estão votando, que há um problema sério se um representante troca de opinião (como obviamente pode fazer) sem dizer a cidadania, com a mão no coração, por que o fez; que é contrário ao direito ‘abrir um debate’ quando já se tem firmado o projeto que se quer aprovar; que começar uma deliberação decidindo que não se irá ‘trocar nenhuma vírgula’ do projeto que se apresenta constitui um modo pouco auspicioso – e eu agregaria, juridicamente inválido – de começar essa deliberação; que discutir implica estar aberto a aprender com aquele com quem discutimos; que uma democracia constitucional não deve tolerar nunca o abuso da força” (**Teoría y crítica del Derecho Constitucional...**, p. 171 e ss).

¹⁰⁸⁰ SARMENTO, Daniel. Ubiquidade Constitucional: os dois lados da moeda..., p. 108.

debate democrático inclusivo, impedindo as decisões que “... invocam a vontade popular sem consultá-la, enquanto afirma os interesses de uma elite qualquer.”¹⁰⁸¹

Em síntese, pode-se afirmar que a jurisdição constitucional brasileira deve trabalhar para promover aquilo que Miguel Reale chamou de “*pluralismo democrático de fundo*”, isto é, um pluralismo que não se restrinja à multiplicidade de partidos políticos, mas que esteja presente nos processos de execução da democracia¹⁰⁸². Portanto, o compromisso da jurisdição constitucional com a democracia vai além da defesa intransigente das regras do jogo democrático; a jurisdição constitucional deve posicionar-se como um vigilante permanente das liberdades que são a espinha dorsal da democracia: a liberdade de expressão, informação e participação.

Democracia e liberdade formam um vínculo indissociável, de modo que o comprometimento com uma depende da garantia da outra. Essa relação torna-se ainda mais forte e imprescindível em contextos democráticos deliberativos, nos quais a liberdade é condição procedimental para qualquer debate que busque decisões racionais e legítimas. Não é por acaso que todas as teorias analisadas no capítulo anterior são unâimes na defesa de uma jurisdição constitucional voltada para a sua proteção.

3.2.2 A jurisdição constitucional diante das condições substanciais da democracia deliberativa

Este trabalho partiu do pressuposto de que a democracia deliberativa não é só processo, mas também é substância, o que significa dizer que o processo democrático-deliberativo depende de condições substantivas para se realizar. Tais condições visam atender dois valores fundamentais do Estado Democrático de Direito: a liberdade e a igualdade. Somente é legítima uma deliberação democrática em que os cidadãos participam com liberdade, isto é, em que possam exercer sua cidadania sem coações e de acordo com as suas convicções mais íntimas. No entanto, para serem efetivamente livres, os cidadãos devem ter *igualdade de*

¹⁰⁸¹ Gargarella. **Teoría y Crítica del Derecho Constitucional...**, p. 147.

¹⁰⁸² REALE, Miguel. **Liberdade e Democracia...**, p. 45.

liberdade na esfera pública democrática. Apenas quando todos os cidadãos usufruírem de *igual liberdade* é que o debate democrático deliberativo poderá alcançar decisões legítimas e dotadas de imparcialidade; decisões que Nino qualificaria como dotadas de valor epistêmico.

Assim, em um Estado Democrático de Direito comprometido com a democracia deliberativa, cabe à jurisdição constitucional ir além da mera proteção das condições procedimentais para o debate democrático, garantindo que todos os cidadãos tenham *igual liberdade* para participar do debate democrático-deliberativo. A abertura da esfera pública propiciada pela liberdade instrumental só possui relevância quando os cidadãos estão habilitados a exercer sua autonomia privada de forma igualitária. Tal ideia encontra firme respaldo na Constituição de 1988, impelindo a jurisdição constitucional brasileira de ir além da tutela do procedimento democrático e garantir, também, as condições substanciais para que esse debate seja realizado em um ambiente de *igual liberdade*.

Inicia-se retomando a importância da liberdade, que como já salientado possui duas dimensões indissociáveis. No item acima, focou-se naquela dimensão da liberdade responsável por abrir as portas para o debate democrático, por tornar possível a participação dos cidadãos na esfera pública de forma crítica e efetiva. Naquela perspectiva o cidadão é livre quando se submete às normas discutidas e criadas por ele próprio, quando encontra os caminhos abertos para o exercício de sua autonomia pública. No entanto, a participação na esfera pública só resultará na autonomia pública quando ele estiver dotado de liberdade como autonomia privada – o outro viés da liberdade. A liberdade vista apenas pelo prisma procedimental, ou seja, apenas como autonomia pública dos cidadãos, não é capaz de sustentar uma sociedade democrática, pois de nada servem a abertura dos canais democráticos se os cidadãos não forem livres para decidirem a forma como irão usufruir dessa liberdade e/ou se não tiverem condições de usufruir dela.

Desse modo, enquanto a liberdade como autonomia pública é a condição procedimental para a democracia, a liberdade como autonomia privada é a condição substancial da democracia, responsável por proteger a esfera de liberdade individual do cidadão e habilitá-lo para o exercício de suas convicções.

A liberdade como autonomia privada é a liberdade dos modernos de Benjamin Constant ou a liberdade negativa cunhada por Isaiah Berlin. A fim de evitar

maiores confusões devido à imbricação dos conceitos, vale resgatar a explicação de Berlin quanto à liberdade negativa. Como explica o filósofo, a liberdade negativa é aquela que busca responder à seguinte pergunta: “Até que ponto o governo interfere comigo?”¹⁰⁸³. É a liberdade defendida pelos liberais, que protege a esfera de autonomia do indivíduo contra intervenções do Estado e da sociedade. Por isso, explica Berlin que para o pensamento liberal defensor da liberdade negativa “Quanto mais ampla a área de não interferência, mais ampla a minha liberdade.”¹⁰⁸⁴ A importância fundamental da liberdade negativa é ser uma liberdade *de*¹⁰⁸⁵ ser, fazer, pensar e querer independente do que é, faz, pensa ou quer o Estado ou a sociedade. É a liberdade *de* viver como bem entender. As palavras de Berlin certamente são muito mais explicativas:

“A defesa da liberdade consiste na meta negativa de contrapor-se à interferência. Ameaçar um homem com perseguição, a não ser que ele se submeta a um tipo de vida em que não escolhe qualquer de suas metas, deixa-lhe aberta apenas uma porta, fechando todas as outras, qualquer que seja a perspectiva nobre que tal porta lhe ofereça ou por mais benevolente que sejam os motivos daqueles que se encarregam disso, é pecar contra a verdade segundo a qual ele é um homem, um ser com vida própria a ser vivida. (...) Todo apelo em favor de liberdades civis ou de direitos individuais, todo o protesto contra a exploração e a humilhação, contra o abuso da autoridade pública ou a hipnose em massa dos costumes ou a propaganda organizada, tem suas origens nesta concepção de homem – concepção individualista e bastante questionada.”¹⁰⁸⁶

Como explica Berlin, toda interpretação da palavra de liberdade deve conter um mínimo de liberdade negativa, uma vez que essa é natural da própria condição humana¹⁰⁸⁷. Sem essa esfera de liberdade para desenvolver seus objetivos e eleger seus próprios valores de forma desimpedida, o homem perde a sua essência. Não é por outro motivo que as Revoluções Liberais que lutavam contra a opressão do regime absolutista proclamaram, ao lado da democracia, as liberdades negativas, hoje insertas nas Constituições democráticas como direitos fundamentais individuais – ou de defesa – do homem. Sem liberdade de pensamento, de expressão, de crença, sem opinião política, a democracia não passaria de uma farsa, já que os cidadãos não seriam livres para formar suas próprias convicções.

¹⁰⁸³ BERLIN, Isaiah. **Quatro Ensaios sobre a Liberdade...**, p. 20.

¹⁰⁸⁴ BERLIN, Isaiah. Idem, p. 137.

¹⁰⁸⁵ BERLIN, Isaiah. Idem, p. 140.

¹⁰⁸⁶ BERLIN, Isaiah. Idem, Ibidem.

¹⁰⁸⁷ BERLIN, Isaiah. Idem, p. 162.

Note-se que aqui a liberdade de expressão é vista pela perspectiva substancial, é a liberdade que garante ao indivíduo a manifestação de seus pensamentos de forma livre de intervenções – ressalvadas as hipóteses em que a liberdade de expressão coloque em risco a própria democracia, como no caso visto acima do *hate speech*. Portanto, como define Paulo Calazans, a liberdade de expressão substancial “... corresponde a uma das formas de exteriorização da personalidade humana, que ao indivíduo permite realizar de forma plena, sua existência perante a sociedade.”¹⁰⁸⁸ Trata-se de uma dimensão privada na medida que a expressão de todos é digna de igual respeito por parte da sociedade e do Estado.

Na Constituição de 1988, as liberdades fundamentais para a autonomia privada do homem concentram-se no rol de direitos do art. 5º., especialmente. Já no inciso II encontra-se uma cláusula geral de liberdade dispondo que ninguém será proibido de fazer ou deixar de fazer nada senão em virtude de lei. Sobre a cláusula geral de liberdade do art. 5º., inc. II, Luís Roberto Barroso, na petição inicial da ADPF nº. 54 argumentou que:

“A liberdade consiste em ninguém ter de submeter-se a qualquer vontade que não a da lei, e, mesmo assim, desde que seja ela formal e materialmente constitucional. Reverencia-se, dessa forma, a autonomia da vontade individual, cuja atuação somente deverá ceder ante os limites impostos pela legalidade. Tal formulação se extrai a ilação óbvia de que tudo aquilo que não está proibido por lei é juridicamente permitido.”¹⁰⁸⁹

É importante destacar que a Constituição de 1988 protege a liberdade como autonomia privada de forma igualitária, tanto na perspectiva patrimonial quanto na existencial¹⁰⁹⁰, o que significa que a todos é garantido o igual direito de liberdade de iniciativa econômica e de propriedade; de *igual liberdade* religiosa, filosófica, política, ideológica e de opção sexual, entre outras necessárias para o desenvolvimento autônomo da personalidade humana¹⁰⁹¹. Tais liberdades são fundamentais à

¹⁰⁸⁸ CALAZANS, Paulo Murilo. A liberdade de expressão como expressão da liberdade..., p. 75.

¹⁰⁸⁹ Petição Inicial da ADPF nº. 54, p. 17. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/estfvisualizadordpub/jsp/consultarprocessoeletronico/ConsultarProcessoEletronico.jsf?seqobjetoincidente=2226954>. Acesso em: 04.nov.2009.

¹⁰⁹⁰ “A proteção à autonomia privada decorrente da Constituição de 1988 é heterogênea: mais forte, quando estão em jogo dimensões existenciais da vida humana; menos intensa quando se trata de relações de caráter exclusivamente patrimonial.” (SARMENTO, Daniel. **Direitos Fundamentais e Relações Privadas**..., p. 177).

¹⁰⁹¹ No Estado Liberal, a noção de autonomia privada está ligada essencialmente à propriedade, é tanto mais livre e autônomo, quanto mais se é proprietário. Entretanto, no Estado

democracia na medida em que garantem *igual liberdade* para todos os cidadãos participarem na esfera pública democrática. Trata-se, na verdade, simultaneamente, de um pressuposto e de uma consequência da proteção constitucional do pluralismo político e da dignidade da pessoa humana, fundamentos do Estado Democrático de Direito brasileiro, para os quais as liberdades substanciais não são importantes apenas por serem instrumentos democráticos, mas são importantes pelo valor constitutivo que contém em si¹⁰⁹².

Em regra, a *igual liberdade* dos cidadãos demanda uma postura de abstenção estatal. No entanto, diante do pluralismo e da complexidade das sociedades contemporâneas como a brasileira, marcadas pela opressão e pela desigualdade, cada vez mais se aprofunda a consciência de que a *igual liberdade* demanda do Estado uma postura de ação por meio de políticas públicas voltadas à eliminação dos obstáculos que levam os cidadãos a terem uma liberdade desigual. Um cidadão discriminado por sua crença religiosa, por sua raça, por sua opção sexual ou por suas convicções filosóficas não dispõe de *igual liberdade* que o restante da sociedade. Um cidadão que não sabe ler, está enfermo e/ou mora embaixo da ponte não tem *igual liberdade* que o restante da sociedade. Uma postura de abstenção do Estado diante dessas situações não é, definitivamente, adequada e suficiente para a proteção da autonomia privada do cidadão, já que não o torna capaz de participar da esfera democrático-deliberativa em condições de igualdade e liberdade.

E a Constituição de 1988 está plenamente consciente disso, razão pela qual colocou como objetivos do Estado Democrático brasileiro a *construção de uma sociedade livre, justa e solidária; a erradicação da pobreza e da marginalização; a redução das desigualdades sociais e regionais; a promoção do bem de todos, sem preconceito de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação* (art. 3º.) e, ao longo do seu texto, garantiu direitos fundamentais individuais e sociais que devem ser perseguidos pelo Estado e pela sociedade para

Democrático de Direito, em que igualdade *substancial* ganhou força, o núcleo essencial da autonomia privada fundamental para a dignidade da pessoa humana foi transferido do âmbito da propriedade para questões de natureza existencial (liberdades ideológicas, sexuais, artísticas). Essa mudança levou a "... limitações muito mais extensas e profundas às liberdades de contratar e de desfrutar de direitos patrimoniais, como a propriedade, desde que estas se justifiquem em função da necessidade de promoção da igualdade substantiva ou de outros valores solidarísticos." (SARMENTO, Daniel. Idem, p. 158). Nesse sentido, já incorporam ao Direito Civil contemporâneo, mediante uma leitura constitucional, as noções de função social do contrato e da propriedade.

¹⁰⁹² SARMENTO, Daniel. Idem, p. 241.

a construção de uma sociedade mais igualitária, livre e democrática¹⁰⁹³. Nesse contexto, a jurisdição constitucional comprometida com a democracia nos moldes deliberativos também tem um importante papel a cumprir.

Diante da complexidade e da enormidade da tarefa de garantir a todos os cidadãos *igual liberdade*, várias estratégias podem ser adotadas pelos Poderes Públicos e auxiliar na definição do papel da jurisdição constitucional comprometida com a democracia deliberativa. Entretanto, todas as ações destinadas à promoção da *igual liberdade* podem ser classificadas como ações que visam ao *reconhecimento* dos grupos discriminados e/ou a *redistribuição de recursos* para que os excluídos obtenham a *igualdade de oportunidade* necessária para o exercício da sua autonomia privada, isto é, para terem liberdade de escolher qualquer um dos planos de vida disponíveis¹⁰⁹⁴.

Primeiro, é necessário destacar a importância do *reconhecimento das diferenças* para a *igual liberdade*. Para que uma deliberação democrática possa ser considerada legítima todos devem ser considerados iguais, devem possuir a mesma força e a mesma voz, independente das diferenças que marcam cada identidade. Todavia, alcançar essa condição de igualdade, que concede a mesma liberdade para cada participante, exige que as diferenças entre eles sejam aceitas, *reconhecidas*. Um homossexual só estará em condições de igualdade, portanto, só desfrutará de *igual liberdade* que os demais participantes da deliberação, quando a sua opção sexual for aceita sem preconceitos e sem restrições. Somente quando as opções feitas por cada um são respeitadas pelo Estado e pela sociedade, ou seja, somente quando há *igual respeito e consideração* pelas identidades, é que é possível a construção de uma esfera pública democrática. Sabe-se, hoje, que o reconhecimento do outro é peça fundamental na formação da própria identidade, isto é, para a autocompreensão do indivíduo, de modo que o não reconhecimento pode gerar uma autonegação que viola a dignidade; uma vez que restringe a autonomia privada das minorias e ainda esvazia a diversidade da esfera pública, consequências incompatíveis com uma sociedade plural e democrática.

¹⁰⁹³ Nesse sentido Daniel Sarmiento explica que “A Constituição de 1988 não é libertária e não associa a liberdade humana à simples abstenção estatal. Pelo contrário, ela se preocupa com a efetiva possibilidade de fruição da liberdade pelos indivíduos, o que supõe o enfrentamento dos obstáculos sociais que atravancam o seu exercício, presentes em uma sociedade desigual e opressiva.” (A liberdade de expressão e o problema do *hate speech*..., p. 95).

¹⁰⁹⁴ FRASER, Nancy. Da *redistribuição* ao reconhecimento? In: **Democracia hoje**: novos desafios para a teoria democrática contemporânea. SOUZA, Jessé (org). Brasília: UNB, 2001.

Essa é a lição de Nino quando destaca que a violação da autonomia privada por motivos perfeccionistas é de tamanha gravidade para uma sociedade democrática que autoriza a intervenção de uma instituição contramajoritária, como a jurisdição constitucional, para proteção das condições básicas da democracia. Cada cidadão deve ser livre para optar pela concepção de bem que entender mais razoável e seguir os planos de vida que julgar melhores para si. Nas sociedades marcadas pelo pluralismo, o respeito às opções individuais é imprescindível, é a base de sustentação de uma sociedade harmônica e a primeira condição para qualquer diálogo. Nesse sentido, também é a lição de John Rawls:

“Num regime democrático, a base da tolerância da cooperação social fundamentada no respeito mútuo corre perigo quando essas distinções não são reconhecidas; pois, quando isso acontece e esses ideais e modos de vida assumem uma forma política, os termos eqüitativos da cooperação são formulados de maneira estreita, e a cooperação livre e voluntária entre pessoas com diferentes concepções de bem pode tornar-se impossível.”¹⁰⁹⁵

Contudo, é preciso ter claro que o reconhecimento vai além da tolerância, pois, como destaca Luís Prieto Sanchís, “... a tolerância não é, todavia, liberdade, nem, muito menos, igualdade; tolera-se aquilo que se considera um mal, ainda que um mal tolerável, e, sobretudo, quem tolera adota uma posição de superioridade ao tolerado.”¹⁰⁹⁶ As diferenças não devem ser toleradas, suportadas, devem ser reconhecidas como dignas de igual respeito e consideração pelo Estado e pela sociedade.

Para tanto é necessário dispender tratamentos diferenciado, pois, muitas vezes, a igualdade só é alcançada através da separação e da distinção, bem como de um esforço contínuo, já que à rejeição a minoria do grupo social “É uma tendência etnocêntrica que se registra pelos antropólogos em todos os agrupamentos humanos.”¹⁰⁹⁷ No entanto, o tratamento diferenciado só é lícito quando está orientado à promoção das condições de igualdade e à inclusão¹⁰⁹⁸.

¹⁰⁹⁵ RAWLS, John. **Liberalismo Político**..., p. 428.

¹⁰⁹⁶ SANCHÍS, Luis Prieto. Minorias, respecto a la disidencia y igualdad sustancial. In: **DOXA.Cuadernos de Filosofía del Derecho** nº. 15, p. 15. Disponível em: <http://www.cervantesvirtual.com/porta/DOXA/cuadernos.shtml>. Acesso em: 22.out.2009.

¹⁰⁹⁷ CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza. **Direito à Diferença**. 2ª ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2005, p. 15.

¹⁰⁹⁸ CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza. Idem, p. 15-28.

Toda discriminação orientada por esteriotipos é ilícita, uma vez que são orientadas por critérios injustificados e injustos¹⁰⁹⁹.

No Brasil, assistem-se a dois tipos de tratamento diferenciado ilícito, ou seja, de discriminação: a direta, aquela que é feita intencionalmente, e a de fato, feita de forma velada. A discriminação direta é a mais comum, nesta o discriminador não tem consciência do mal que faz ao discriminado, “Sequer sabe que está discriminando, o que contribui para a difusão de conceitos tais como: o mito da democracia racial brasileira.”¹¹⁰⁰ A discriminação de fato também pode ser feita através da indiferença do Estado em relação aos discriminados.

A jurisdição constitucional, no entanto, a quem compete a proteção das minorias de modo especial, tem tido um papel tímido na proteção das vítimas de discriminação de fato, concentrando-se apenas nas questões de discriminação direta, feita de forma intencional, com o fim de discriminar. No entanto, como frisa Cruz, “Esta timidez é inaceitável e incompatível com a noção de dignidade humana e com o *status* que ao Judiciário se outorgou pela Constituição de 1988 através da conformação de um Estado Democrático de Direito.”¹¹⁰¹

A atenção à discriminação de fato é um campo para o qual a jurisdição constitucional comprometida com a democracia deliberativa deve estar atenta¹¹⁰². Uma sociedade calcada nos princípios do pluralismo e da dignidade da pessoa humana deve ser aberta e inclusiva, incentivando a participação de todos e tirando do pluralismo social o melhor proveito. Assim, discriminações por gênero, por orientação sexual, raça, crença ou deficiência devem ser extirpadas se se quer conferir a todos *igual liberdade*.

¹⁰⁹⁹ CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza. Idem, p. 29.

¹¹⁰⁰ CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza. Idem, p. 30.

¹¹⁰¹ CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza. Idem, p. 36.

¹¹⁰² O caso *Griggs v. Duke Power Co.*, julgado pela Suprema Corte norte-americana, é um exemplo de como a jurisdição constitucional pode interferir para evitar a discriminação de fato. Conforme relata Álvaro Cruz, neste caso, “... os requerentes negros consorciados/apoiados pelo Governo Federal Americano insurgiram-se contra teste de inteligência realizado para processo de admissão na empresa. Em sua defesa, a empresa alegava que o teste era objetivo, dando igual oportunidade a brancos e negros. Tanto era assim, que diversos negros compunham seu quadro de empregados. No entanto, os autores lograram provar que os postos obtidos pelos negros eram manifestamente subalternos. A presença de negros exclusivamente ali, ao invés de reduzir a segregação racial, a acirrava, pois sublinhava o discurso racista de subordinação e inferioridade da raça negra. Assim, o teste de inteligência colocava os candidatos negros em piores condições empregatícias do que os brancos, visto que a segregação racial à época se reproduzia em escolas em ruínas e numa educação de baixíssima qualidade para os negros.” (Idem, p. 34-35)

Embora essas liberdades não sejam exercidas diretamente no debate democrático, como acontece com a liberdade de expressão, são condições tão fundamentais quanto essa para um debate dotado de valor epistêmico, de modo que a sua realização “... deve ser vista como um elemento central do processo de democratização”¹¹⁰³. Dois exemplos podem auxiliar na percepção da importância da proteção das liberdades substanciais para a inclusão dos indivíduos no debate em condições de igualdade: a liberdade de crença e a liberdade de orientação sexual.

A necessidade de que seja assegurada *igual liberdade* religiosa para que todos sejam incluídos no debate democrático em condições de igualdade com os demais participantes é um caso emblemático que suscita dúvidas e perplexidades em todo o mundo. Todavia, o reconhecimento das minorias que professam uma fé distinta das majorias é condição fundamental em uma democracia em que todos os cidadãos são tratados com igualdade. O tratamento igualitário para as minorias religiosas requer o reconhecimento de sua diferença e o cultivo de um profundo respeito pela sua identidade, afinal, somente quando as minorias religiosas tiverem igual respeito e igual oportunidade para exercer e manifestar a sua crença é que elas estarão gozando de *igual liberdade* religiosa que goza a maioria. Um mulçumano só integrará o debate democrático brasileiro em condições de igualdade com os outros cidadãos quando estiver tão livre para professar a sua crença quanto à maioria católica e ela for respeitada, não tolerada, pelos demais cidadãos. Essa é uma condição para a própria cidadania, pois como adverte Cláudio Pereira Souza Neto, “Se a comunidade política não reconhece como digna de igual respeito e consideração a liberdade religiosa de um cidadão, este não tem motivos para se perceber como um participante cooperativo dessa comunidade.”¹¹⁰⁴

Apesar de a liberdade religiosa parecer ser um consenso nos Estados laicos do Ocidente, os limites da manifestação da fé são constantemente discutidos. O ponto nevrálgico da liberdade religiosa nesses Estados é, invariavelmente, a manifestação da fé através da exposição de símbolos religiosos, seja pelos particulares, seja pelo Estado.

O exercício da liberdade religiosa mediante a utilização de símbolos provocou um grande debate na França, que em 2004 aprovou uma lei proibindo que

¹¹⁰³ **Teoria da Constituição e Democracia Deliberativa...**, p. 174.

¹¹⁰⁴ *Idem*, p. 163.

as meninas muçulmanas estudantes de escola pública utilizassem o véu islâmico – a burca e o chador. A discussão foi reacendida no último dia 22 de junho pelo Presidente Nicolas Sarkozy, que em discurso ao Parlamento Francês manifestou seu repúdio ao véu islâmico por ser um símbolo de submissão feminina. A orientação francesa foi cancelada pela Corte Europeia dos Direitos Humanos, que em 14 de dezembro de 2008 considerou legítima a expulsão de duas meninas muçulmanas, alunas de uma escola pública francesa, por terem se recusado a retirar o véu nas aulas de educação física.

A proibição do véu islâmico é a proibição da manifestação da fé e da tradição muçumana que, sem dúvida, coloca as meninas muçumanas em condições de desigualdade e restringe o seu espaço de liberdade. Medidas como essas se esquecem que é justamente para proteger o direito de liberdade religiosa de cada indivíduo que o Estado se tornou laico. O princípio da laicidade não significa a proibição de manifestação da fé religiosa, pelo contrário, busca a construção de uma esfera pública em que todos possam manifestar a sua fé com *igual liberdade*. Por isso, a proibição do véu islâmico, além de violar o direito à *igual liberdade* religiosa, decorre de uma interpretação equivocada do princípio da laicidade, que visa proteger justamente o pluralismo religioso provendo a todos *igual liberdade* de crença. Ademais, proibições como essas partem da dificuldade de *reconhecimento das diferenças* e da imposição de uma cultura sobre outra, afinal, para uma mulher muçumana o véu islâmico pode ser símbolo de submissão ou de convicção religiosa, sobre essa questão apenas elas sabem e podem decidir. A interferência do Estado francês na autonomia privada das mulheres muçumanas restringe sua liberdade e viola a sua dignidade¹¹⁰⁵.

Portanto, a garantia de que todos possam manifestar com *igual liberdade* a sua fé depende do *reconhecimento das diferenças*, necessário para que todos os cidadãos possam integrar a esfera pública democrática com *igual liberdade*. Assim, uma sociedade plural deve reconhecer a diferença de uma mulher muçumana ou de um judeu ortodoxo e inseri-los no debate democrático em condições de igualdade. No entanto, isso não quer dizer que a liberdade de religião não possa ser restringida em hipótese alguma, como exemplifica Souza Neto, “... uma religião que providencie a erosão das instituições republicanas, em prol da fusão entre estado e igreja; uma

¹¹⁰⁵ FONTES, Paulo Gustavo Guedes. Véu islâmico, laicidade e liberdade religiosa. In: Folha de São Paulo: Tendências e Debates. In: 15/09/2009.

religião que, para atrair fiéis, pratique publicamente atos desrespeitosos contra uma outra religião”¹¹⁰⁶ pode ser limitada. Assim, a liberdade religiosa que se configura como um *hate speech* e coloca em risco a democracia e a república deve ser restringidas. Nessas hipóteses, cabe à jurisdição constitucional comprometida com a democracia deliberativa, proteger a *igual liberdade* religiosa de todos os cidadãos, reconhecendo as diferenças que fazem parte do pluralismo social e são constitutivas da identidade de cada indivíduo. Políticas públicas que ignoram as diferenças e colocam os cidadãos em condições de desigualdade devem ser rechaçadas pela jurisdição para que todos tenham a mesma liberdade.

Outro exemplo bastante ilustrativo da importância do *reconhecimento das diferenças* para a *igual liberdade* refere-se à liberdade de opção sexual, uma vez que é fato notório que ainda hoje, em pleno século XXI, os indivíduos homossexuais não desfrutam das mesmas liberdades outorgadas pelos heterossexuais. Entre as diversas formas de restrição da liberdade dos homossexuais, erguidas pelos obstáculos preconceituosos, cada vez mais ganha força o debate acerca do reconhecimento legal da união homoafetiva, questão que em breve ingressará na pauta do STF com o julgamento da ADPF nº. 132/RJ¹¹⁰⁷.

O reconhecimento do direito dos indivíduos homossexuais a ter sua união reconhecida pelo Estado e pela sociedade encontra firme respaldo no texto constitucional. Em uma sociedade orientada pela proteção da dignidade da pessoa humana, cujo objetivo é o fim da discriminação injustificada por gênero e quer se desenvolver em um ambiente de igualdade e liberdade, todos “... têm o direito de desfrutar da proteção jurídica que estes princípios lhes outorgam. Vale dizer: de

¹¹⁰⁶ SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. **Teoria da Constituição e Democracia Deliberativa...**, p. 165.

¹¹⁰⁷ A ADPF nº. 132 foi proposta pelo governador do Rio de Janeiro, Sérgio Cabral, que pleiteia a aplicação do regime jurídico das uniões estáveis, previsto no artigo 1.723 do Código Civil, às uniões homoafetivas de funcionários públicos civis do Estado do Rio de Janeiro. A intenção é garantir aos casais homossexuais os mesmos benefícios de licença, previdência e assistência social concedidos aos casais heterossexuais pelo Estatuto dos Servidores Públicos Civis do Estado do Rio de Janeiro (incisos II e V do artigo 19 e artigo 33 do Decreto-Lei 220/75). A expectativa é que o STF dê provimento ao ADPF nº. 132, uma vez que desde 1º de julho de 2009 está em vigor o Ato Deliberativo nº. 27/2009 que garante aos seus funcionários que vivem relações homoafetivas estáveis o direito de incluir os seus companheiros como dependentes do plano de saúde do Tribunal.

serem livres e iguais, de desenvolverem a plenitude de sua personalidade e de estabelecerem relações pessoais com um regime jurídico definido e justo.”¹¹⁰⁸

Assim, cabe ao Estado, e especialmente à jurisdição constitucional como instituição contramajoritária, garantir que todos, a despeito de suas diferenças, possam ser dignos, livres e iguais. Por isso, não é possível extrair da Constituição uma vedação à união homoafetiva, uma vez que isso seria o mesmo que dizer que os homossexuais não são dignos de igual respeito e consideração que os heterossexuais. Como explica Barroso, “A exclusão dos homossexuais do regime de união estável significaria declarar que eles não são merecedores de igual respeito, que seu universo afetivo e jurídico é de “menos-valia”: menos importante, menos correto, menos digno”¹¹⁰⁹.

Em uma sociedade democrática todos devem ser livres para realizar os seus projetos de vida e suas identidades. Ao Estado cabe garantir as condições necessárias para que esses projetos e identidades possam se desenvolver em condições de igualdade com o restante da sociedade. Dessa forma, proibir a união homoafetiva seria o mesmo que restringir a liberdade do indivíduo para desenvolver a sua personalidade e fazer suas escolhas. A proibição da união homoafetiva não tem fundamento em nenhum princípio da Constituição, configurando-se como a imposição de uma moralidade particular de uma classe ou de um grupo, ou seja, caracterizando-se como uma postura perfeccionista do Estado e da sociedade típica “... dos regimes totalitários, que não se limitam a organizar e promover a convivência pacífica, tendo a pretensão de moldar *indivíduos adequados*”¹¹¹⁰.

Diante disso, cabe à jurisdição constitucional substituir uma interpretação literal, arcaica e preconceituosa do art. 226, § 3º por uma leitura moral do referido dispositivo, reafirmando que uma Constituição composta por princípios fundamentais, que orientam a sociedade para uma direção inclusiva, não comporta discriminações injustificadas que fortalecem o não-reconhecimento das diferenças dos grupos minoritários restringindo a sua liberdade e colocando-os em posição de desigualdade na esfera pública democrática.

¹¹⁰⁸ BARROSO, Luís Roberto. **Diferentes, mas iguais**: o reconhecimento jurídico das relações homoafetivas no Brasil, p. 10. Disponível em: www.lrbarroso.com.br/pt/noticias/diferentesmaisiguais.pdf. Acesso em: 10.nov.2009.

¹¹⁰⁹ BARROSO, Luís Roberto. Idem, p. 12-13.

¹¹¹⁰ BARROSO, Luís Roberto. Idem, p. 19.

Como destaca Daniel Sarmiento, assim como a escravidão é vista como absurdo nos dias de hoje, a proibição ao casamento heterossexual será chocante no futuro, por essa razão “... a luta pelo reconhecimento jurídico da união entre pessoas do mesmo sexo é uma batalha contra a barbárie e em prol da civilização, que interessa tanto aos homossexuais como aos heterossexuais.”¹¹¹¹ Perante as resistências da sociedade em dar o devido reconhecimento as uniões homoafetivas, é dever da jurisdição constitucional, comprometida com a democracia deliberativa, afastar qualquer legislação que enalteça condutas perfeccionistas, viole a dignidade humana e restrinja a liberdade dos homossexuais. No âmbito de uma sociedade democrática, em as decisões devem ser tomadas por indivíduos que gozam de *igual liberdade*, somente interpretações que assumem um compromisso com inclusão e com o reconhecimento podem ser aceitas. A exemplo de outras jurisdições constitucionais ao redor do mundo¹¹¹², é nessa direção que se espera que caminhe o STF no julgamento da ADPF nº. 132/RJ.

¹¹¹¹ SARMENTO, Daniel. Casamento e união estável entre pessoas do mesmo sexo: Perspectivas constitucionais. In: **Revista Trimestral de Direito Civil** Ano nº. 08, vol. 32, São Cristóvão: Padma, out./dez, 2007, p. 72.

¹¹¹² Como relata Luís Roberto Barroso, “O Canadá protege o casamento entre pessoas do mesmo sexo, com base no *Civil Marriage Act* 31, de 2005. Antes que a lei entrasse em vigor, houve consulta à Suprema Corte acerca da sua constitucionalidade, possibilidade admitida na ordem jurídica canadense. O Tribunal não apenas declarou que a lei não violava dispositivos constitucionais, como afirmou que a medida realizava o princípio da igualdade. Tal resposta era até previsível, considerando que a edição da referida lei ocorreu após um conjunto de decisões judiciais que reconheciam às uniões homoafetivas proteção similar à conferida aos casais heterossexuais. A principal decisão partira justamente da Suprema Corte, que declarou inconstitucional lei que permitia a concessão de alimentos em razão de união estável apenas no caso de casais do sexo oposto, excluindo os homossexuais. Diz a ementa: “Este ato estende, para efeitos civis, a capacidade legal de casamento a casais formados por pessoas de mesmo sexo, de modo a refletir valores de tolerância, respeito e igualdade, de acordo com a Carta canadense de Direitos e Liberdades”. Emendas em outros atos são conseqüentemente feitas por este ato para garantir igual acesso aos efeitos civis do casamento e divórcio a casais formados por pessoas de mesmo sexo.” Manifestações semelhantes já foram realizadas por Supremas Cortes ou Tribunais Constitucionais de outros países. É o caso da África do Sul, cujo Tribunal Constitucional declarou incompatível com a Constituição a proibição do casamento homoafetivo, concedendo prazo de um ano ao legislador para que suprima o vício sob pena de se considerar automaticamente estendida aos homossexuais a possibilidade do casamento (CCT 60/04, *Minister of Home Affairs and Another v. Marie Adriaana Fourie and Another*). No mesmo sentido, vale mencionar o caso da Hungria, cuja Corte Constitucional proferiu decisão semelhante no âmbito da união estável (Decisão 14/95). Por fim, destaca-se a Suprema Corte de Israel, que considerou inconstitucional a prática de determinada empresa que concedia benefícios aos parceiros de seus funcionários heterossexuais, mas os negava no caso de uniões homoafetivas (Caso *El-Al Israel Airlines v. Danilowitz*, julgado em 1994). Após a manifestação da Corte, verificou-se uma modificação na ordem jurídica israelense, baseada no *common law*, que passou a reconhecer esse tipo de união.

Nos Estados Unidos, alguns tribunais estaduais já decidiram, com base na cláusula da *equal protection*, não ser possível excluir uniões homoafetivas dos benefícios e das proteções previstas pela legislação aos cônjuges heterossexuais. Vale também mencionar o julgamento, pela Suprema Corte, do caso *Romer v. Evans*, que declarou inconstitucional uma emenda à Constituição

Portanto, a *igual liberdade* em sociedades plurais requer o reconhecimento da diferenças que colocam as pessoas em condições de desigualdade na esfera pública. Como ensinou Boaventura de Souza Santos, “As pessoas e os grupos sociais têm o direito de ser iguais quando a diferença as inferioriza, e o direito a ser diferentes quando a igualdade as descaracteriza”¹¹¹³. Assim, a jurisdição constitucional deve estar voltada à proteção das diferenças a fim de garantir a igualdade capaz de incluir todos no debate democrático em que, além das diferenças que marcam a pluralidade, existe uma união em prol da democracia, da igualdade e da liberdade.

Todavia, nem sempre a *igual liberdade* é alcançada apenas com o *reconhecimento das diferenças*, como se passa no caso da liberdade religiosa e da liberdade de orientação social. Em uma sociedade excludente e desigual, como a brasileira, o reconhecimento capaz de emancipar o cidadão e garantir a *igual liberdade* demanda também por políticas de *redistribuição* que confirmem à igualdade de recursos capaz de se converter em *igualdade de oportunidade*. Assim, não raro, a emancipação de grupos discriminados requer *reconhecimento e redistribuição*, já que a exclusão e o não-reconhecimento, frequentemente, decorrem de injustiças socioeconômicas e culturais.

A existência de um verdadeiro círculo vicioso entre as injustiças econômicas e culturais é demonstrada por Nancy Fraser com alguns exemplos. Como demonstra a autora, as injustiças provocadas em razão da orientação sexual, por exemplo, não dependem de políticas redistributivas, apenas o *reconhecimento* da diferença já é capaz de colocar os homossexuais em condições de igualdade. A mesma situação se repete com as injustiças cometidas em razão da opção religiosa. Todavia, o

do Estado do Colorado, aprovada em referendo estadual, que impedia toda e qualquer autoridade estadual de praticar atos que resultassem em proteção às pessoas de orientação homossexual em face de qualquer tipo de discriminação. Na ocasião, a Corte afirmou que desequiparações até seriam possíveis, desde que tivessem fundamento razoável, diferente do mero propósito de demonstrar animosidade contra aquelas pessoas. Na mesma linha foi a decisão da Suprema Corte no caso *Lawrence et. al. v. Texas*, no qual foi declarada a inconstitucionalidade de lei estadual que criminalizava a sodomia. Embora não diga respeito ao tratamento jurídico das uniões homossexuais, tal decisão afastou qualquer dúvida sobre a licitude das relações homossexuais naquele país. A decisão mais incisiva foi proferida pela Suprema Corte do Estado de Massachusetts, no caso *Goodridge v. Department of Public Health*, julgado em 2003. O Tribunal assentou que a não-extensão do casamento aos casais do mesmo sexo violava a igualdade e o devido processo legal, afirmando que os argumentos apontados para justificar a discriminação não seriam capazes de justificar a quebra da isonomia. (**Diferentes, mas iguais...**, p. 10-11).

¹¹¹³ SANTOS, Boaventura de Souza. **As tensões da modernidade**. Texto apresentado no Fórum Social Mundial, Porto Alegre, 2001 *apud* BARROSO, Luís Roberto. **Diferentes, mas iguais...**, p. 13.

problema torna-se complexo e requer a composição entre *redistribuição* e *reconhecimento* em casos de injustiça por raça. Por um lado, as discriminações raciais provocam injustiças econômicas e culturais que não se resolvem apenas com o *reconhecimento* da diferença, pois a exclusão econômica permanece, por outro lado, também não se resolvem apenas com a *redistribuição* de renda, uma vez que a injustiça cultural permanece. A equiparação econômica entre as raças auxilia na diminuição das desigualdades, mas é incapaz de eliminar as discriminações sofridas pelos negros, que mesmos abastados podem ser marginalizados da esfera pública por ausência de *reconhecimento*. Da mesma forma, o negro *reconhecido*, que não tem condições socioeconômicas, é marginalizado pela sua própria condição subalterna no mercado de trabalho, dependente então de *redistribuição*¹¹¹⁴.

Portanto, além de igualdade de acesso à esfera pública viabilizada pelas condições procedimentais e pelo *reconhecimento* das identidades que marcam as diferenças, todos precisam ter igual possibilidade de influenciar nas escolhas políticas, ou seja, é preciso que todos tenham *igualdade de capacidade* para deliberar, o que exige uma inclusão econômica, cultural e social. É por essa razão que as políticas inclusivas englobam não só o *reconhecimento das diferenças*, mas também a *redistribuição de recursos*. O reconhecimento, aliado à *redistribuição*, é fundamental para instaurar um ambiente de *igualdade de capacidades* para debater e decidir os assuntos da esfera pública¹¹¹⁵.

Assim, como a *redistribuição* é um passo fundamental para a inclusão e para o *reconhecimento*, a democracia deliberativa apoia a *redistribuição* com foco em grupos tradicionalmente discriminados, tal como ocorre nas políticas de ação afirmativa; que nada mais são do que discriminações lícitas destinadas à promoção do direito fundamental de participação da vida pública e privada com fundamento no princípio do pluralismo e da dignidade da pessoa humana¹¹¹⁶.

As políticas de ação afirmativa podem ser aplicadas para a inclusão de diversas minorias discriminadas, nas esferas pública e privada, tal como se passa

¹¹¹⁴ FRASER, Nancy. Da *redistribuição* ao reconhecimento?..., p. 264.

¹¹¹⁵ SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. **Teoria da Constituição e Democracia Deliberativa...**, p. 173.

¹¹¹⁶ CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza. **Direito à Diferença...**, p. 141.

com as mulheres, com os deficientes físicos¹¹¹⁷ e mentais e com os negros. No Brasil, as ações afirmativas voltadas à inclusão racial ganharam destaque especial com a implementação da política de cotas raciais nas universidades públicas¹¹¹⁸. Trata-se de um exemplo típico em que apenas políticas de *reconhecimento* da diferença não seriam capazes de conferir aos negros *igual liberdade*, já que a exclusão em virtude da raça acarreta também profundas desigualdades econômicas.

Por essa razão, viabilizar o acesso à universidade é um caminho para a *redistribuição de recursos* eficaz para a produção de *igualdade de oportunidades*, mas que deve ser complementado com uma forte política de *reconhecimento das diferenças*, sob pena de as ações afirmativas não surtirem efeitos e gerarem um novo segmento de discriminação: a discriminação dos que ingressaram em universidades através das cotas raciais. Somente a implementação conjunta de ações afirmativas como *redistribuição de recursos* e do *reconhecimento das diferenças*, que inclui o outro em condições de *igual liberdade*, é que se pode banir o preconceito racial que caracteriza a esfera pública brasileira, o qual impossibilita que através de um debate entre cidadãos livres e iguais resultem decisões dotadas de legitimidade democrática.

Por isso, a inclusão dos negros em condições de *igual liberdade* na esfera pública democrática requer, primeiro, que a discriminação racial que a sociedade brasileira esconde de baixo do tapete seja reconhecida como um mal enraizado na cultura brasileira e, segundo, que a maioria se convença de que a promoção das ações afirmativas, que dependem de custos econômicos e políticos, são

¹¹¹⁷ Em 08 de maio de 2007 o STF reafirmou a necessidade de ações afirmativas voltadas à inclusão das pessoas portadoras de deficiência física declarando a constitucionalidade da gratuidade das passagens de transporte interestadual para as pessoas portadoras de deficiência física. Na ementa da ADI nº. 2649 o STF afirmou que A Lei n. 8.899/94 é parte das políticas públicas para inserir os portadores de necessidades especiais na sociedade e objetiva a *igualdade de oportunidades* e a humanização das relações sociais, em cumprimento aos fundamentos da República de cidadania e dignidade da pessoa humana, o que se concretiza pela definição de meios para que eles sejam alcançados". (ADI nº. 2649, Rel^a. Min. Cármen Lúcia. Julgado em 08.mai.2008).

¹¹¹⁸ Uma das maiores controvérsias geradas pela política de cotas adotadas pelas Universidades públicas é a substituição do critério de mérito pelo critério racial. No entanto, como explica Oscar Vieira Vilhena, o mérito só pode ser utilizado como critério igualitário quando os sujeitos avaliados já estão em condições de igualdade. Só é possível falar em mérito em um ambiente de *igualdade de oportunidades*. Assim, "O vestibular é um bom exemplo de como as avaliações pretensamente meritocráticas podem ser problemáticas. Como pode uma jovem que estudou durante onze anos em uma escola pública, filha de pais destituídos de educação formal, concorrer com uma outra jovem que teve onze anos de educação numa escola privada, com o dobro de carga horária, maior qualificação dos professores, isto sem falar na educação informal recebida em casa de pais universitários ou em viagens ao exterior para o aprendizado de línguas?" (VILHENA, Oscar Vieira. **Supremo Tribunal Federal: Jurisprudência Política...**, p. 294).

fundamentais para a construção de uma sociedade democrática. Nesse sentido, Álvaro Cruz adverte que as ações afirmativas são

“... uma necessidade temporária de correção de rumos da sociedade, um corte estrutural na forma de pensar, uma maneira de impedir que as relações sociais, culturais e econômicas sejam deterioradas em função da discriminação. Negar as ações afirmativas significa negar a existência da própria discriminação ou negar as conquistas que elas trouxeram, especialmente na sociedade norte-americana.”¹¹¹⁹

A jurisdição constitucional, comprometida com o desenvolvimento da democracia deliberativa, deve cancelar as políticas de ação afirmativa como a das cotas raciais implementadas pelas universidades públicas. Primeiro, porque se tratando da exclusão de um grupo minoritário, é dever da jurisdição constitucional como instituição contramajoritária promover a sua inclusão para a construção de uma esfera pública em todos os cidadãos possuem *igual liberdade*. Segundo, porque a partir da decisão da jurisdição constitucional a favor das ações afirmativas pode-se instaurar na sociedade um debate republicano dotado de maior valor epistêmico, já que a discussão pode ganhar o reforço de argumentos constitucionais como a dignidade da pessoa humana (art. 1º, inc. III), a necessidade da eliminação da discriminação em razão da raça (art. 3º, inc. IV), a igualdade e a liberdade (art. 5º, caput) – os únicos argumentos capazes de sustentar a necessidade das ações afirmativas –, e ainda servir como um primeiro e importante passo para o *reconhecimento das diferenças*; que complementa as políticas redistributivas aplicadas às situações de injustiça socioeconômica e cultural.

Nos Estados Unidos, a jurisdição constitucional, especialmente através dos trabalhos da Suprema Corte, desempenhou um papel decisivo na consolidação das ações afirmativas que provocaram uma mudança estrutural na sociedade norte-americana tal como aquela que se quer ver no Brasil¹¹²⁰⁻¹¹²¹. A oportunidade para o STF manifestar-se sobre a constitucionalidade das cotas raciais nas universidades

¹¹¹⁹ CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza. **Direito à Diferença...**, p. 134-135.

¹¹²⁰ Sobre a experiência norte-americana e as decisões da Suprema Corte, confira-se GOMES, Joaquim B. Barbosa. **Ação afirmativa & princípio constitucional da igualdade: A experiência dos EUA**. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

¹¹²¹ Além do Ministro Joaquim Barbosa – que publicou o artigo “A recepção do instituto da ação afirmativa pelo direito constitucional brasileiro. **Revista de Informação Legislativa**. Brasília: Senado, ano 38 n.º. 151, p.129-152, jul/set 2001” – também possuem artigos acadêmicos que defendem as ações afirmativas o Ministro Marco Aurélio Mello (**A igualdade e as ações afirmativas**. Disponível em: <http://www.gemini.stf.gov.br/netahtml/entrevistas/MA-20122001.html>. Acesso em: 10 de novembro de 2009) e a Ministra Cármen Lucia (**Ação afirmativa. O conteúdo democrático do princípio da igualdade jurídica**. **Revista de Informação Legislativa**. Brasília: Senado, a.33. n.131, p.283-295, jul/set, 1996).

públicas, gerando uma decisão vinculante para todas as esferas do Poder Judiciário e da Administração Pública, será dada no julgamento da ADPF nº. 186/DF, que argumenta pela inconstitucionalidade do sistema de cotas adotada pela Universidade de Brasília (UNB); da ADI nº. 3197/RJ, que questiona a constitucionalidade da Lei nº. 10.558/2002 do Estado do Rio de Janeiro que institui o sistema de cotas para as universidades estaduais fluminenses; e do RE nº. 597.285/RS, interposto contra acórdão do TRF da 4ª. Região que determinou o cumprimento do sistema de cotas implementado pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul (UFRGS).

O pedido liminar feito na ADPF nº. 186/DF foi negado pelo Ministro Gilmar Mendes, com respaldo nos pareceres da Advocacia Geral da União e da Procuradoria Geral da República, em 31 de julho de 2009. Em sua decisão, o Ministro destacou que o sistema de cotas deve possuir duração temporal limitada e que a dificuldade de acesso à universidade tem como motivo principal as dificuldades econômicas, razão pela qual poderia ser mais adequada a utilização de cotas para alunos de escolas públicas, embora de acordo com os dados do IBGE divulgados em 2006 a raça seja um critério determinante para a exclusão social. Assim, diante da complexidade da questão e da importância de sua discussão para a construção de uma sociedade mais justa, entendeu o Ministro que qualquer decisão sobre as cotas só poderia vir do Plenário do STF, uma vez que não se vislumbra urgência na definição da matéria. A polêmica em relação às cotas raciais levou o relator das ADPF nº. 186/DF e do RE nº. 597.285/RS, Ministro Ricardo Levandowski a convocar uma audiência pública para a discussão da matéria a ser realizada de 03 a 05 de março de 2010.

As políticas redistributivas, como as políticas de ação afirmativa, visam proporcionar uma igualdade material mínima, que dê a todos oportunidades iguais e, assim, o igual direito de usufruir da liberdade. Apenas em um ambiente de *igualdade de oportunidade* é que todos têm *igual liberdade* para realizar os seus projetos de vida. Nesse sentido, Souza Neto destaca que a atribuição formal de liberdade profissional não tem valia se não forem fornecidas condições materiais mínimas para que todos possam escolher livremente a profissão que desejam seguir; sem condições mínimas, o direito à liberdade de escolha profissional, formalmente garantido, resta negado.

“... sem condições sociais propícias, projetos pessoais de vida bastante razoáveis (como, p. ex., tornar-se médico) convertem-se em sonhos inalcançáveis, e a autonomia privada cai, junto com a mais programática das normas, na ‘vala comum’ dos ‘ordenamentos constitucionais’. Até mesmo as liberdades negativas básicas – como a liberdade de locomoção e a inviolabilidade do domicílio – ficam seriamente comprometidas em contextos radicalmente marcados pela injustiça social.”¹¹²²

Portanto, o exercício dos direitos de liberdade está intrinsecamente relacionado com a disponibilização de condições materiais mínimas. Desse modo, em contextos marcados pela desigualdade e pela miséria, como o brasileiro, a *redistribuição de recursos* tem como objetivo principal gerar iguais oportunidades para que toda a população, ricos e pobres, usufrua da liberdade de maneira digna e igualitária. Como explica Souza Neto, “Se há liberdade, mas não há igualdade, os graus de liberdade são totalmente diferentes: algumas pessoas são, na verdade, ‘mais livres que outras’.”¹¹²³ Políticas públicas voltadas à igualdade de recursos, que geram iguais oportunidades, são as únicas capazes de proporcionar liberdade.

Nesse sentido, Dworkin afirma que a igualdade de recursos é a melhor concepção de igualdade distributiva, a única capaz de fazer com que a liberdade se torne um aspecto da igualdade, em vez de um ideal político independente e possivelmente em conflito com ela. Diante do conflito liberdade e igualdade, Dworkin observa que os liberais estão mais inclinados à defesa da liberdade enquanto os conservadores estão mais inclinados à defesa da igualdade. No entanto, para o autor norte-americano, a liberdade é a outra face da igualdade, desde que essa seja compreendida como igualdade de recursos, razão pela qual as liberdades só têm sentido quando viabilizam que todos tenham igualdade substancial¹¹²⁴.

Vale destacar, no entanto, que essa perspectiva da igualdade propugnada por Dworkin – e que se acolhe neste trabalho – não é uma igualdade massificadora, mas uma igualdade que convive com um certo nível de desigualdade. Em outras palavras, a igualdade de recursos deve gerar igualdade de chances para que todos os cidadãos possam desenvolver os seus projetos de vida, sendo perfeitamente admissível que o desempenho de cada um possa gerar uma certa desigualdade. O

¹¹²² **Teoria da Constituição e Democracia Deliberativa...**, p. 60-61.

¹¹²³ *Idem*, p. 166.

¹¹²⁴ DWORKIN, Ronald. **A virtude soberana: a teoria e a prática igualdade**. São Paulo: Martins Fontes, 2005, p. 159 e ss.

importante é conferir a todos as mesmas condições e oportunidades para lutar por seus projetos de vida.

A necessidade de igualdade de recursos e oportunidades para alcançar igual liberdade não é uma novidade. Em discurso ao Congresso Americano durante a Segunda Guerra Mundial, o Presidente Franklin Roosevelt destacou que um futuro de paz dependeria, além das liberdades tradicionais, da *liberdade de necessidades* e da *liberdade de medo*, aquela se referindo às condições para a liberdade, está destacando um dos maiores obstáculos para a liberdade na modernidade. Também Isaiah Berlin, em seu célebre trabalho sobre a liberdade, não deixou de ressaltar a necessidade de garantir a todos condições mínimas para o exercício das liberdades formalmente garantidas:

“É um fato que propiciar direitos ou salvaguardar políticas contra a intervenção por parte do Estado no que diz respeito a homens que mal têm o que vestir, que são analfabetos subnutridos ou doentes, é o mesmo que caçoar de sua condição: esses homens precisam de instrução ou de cuidados médicos antes de poderem entender ou utilizar uma liberdade mais ampla. O que é a liberdade para aqueles que não podem fazer uso dela? Sem as condições adequadas para o uso da liberdade, qual é o valor da liberdade? As primeiras coisas devem vir em primeiro lugar: há situações como declarou um autor russo radical do século XIX, em que um par de sapatos vale mais que as obras de Shakespeare; a liberdade individual não é a necessidade primária para todo mundo. Pois a liberdade não é a mera ausência de qualquer tipo de frustração: isso modificaria o sentido da palavra até o ponto em que ela passasse a significar muito mais ou muito menos. O camponês egípcio antes precisa muito mais de roupas ou de remédios do que de liberdade pessoal, mas o mínimo de liberdade de que ele precisa hoje – e o maior grau de liberdade de que pode vir a precisar amanhã – não é de uma espécie de liberdade que lhe é peculiar, mas idêntica àquela dos professores, artistas e milionários.”¹¹²⁵

Mais recentemente, Amartya Sen explicou que a liberdade está vinculada a processos adequados (garantia de direitos civis) e a oportunidades adequadas (para subsistência em condições de igualdade)¹¹²⁶. O consagrado economista foi premiando com o Nobel em 1998 ao defender que o desenvolvimento de uma sociedade deve ser avaliado pelas liberdades substantivas que seus membros desfrutam¹¹²⁷. Assim, o desenvolvimento de uma sociedade é melhor medido pelo processo de expansão das liberdades reais que as pessoas desfrutam; por isso, “O desenvolvimento requer que se removam as principais fontes de privação da liberdade: pobreza e tirania, carência de oportunidades econômicas e destituição

¹¹²⁵ BERLIN, Isaiah. **Quatro Ensaios sobre a Liberdade...**, p. 138.

¹¹²⁶ SEN, Amartya. **Desenvolvimento como liberdade**. Tradução: Laura Teixeira Motta. São Paulo: Companhia das Letras, 2000, p. 31.

¹¹²⁷ SEN, Amartya. *Idem*, p. 32.

social sistemática, negligência dos serviços públicos e intolerância ou interferência excessiva dos Estados repressivos.”¹¹²⁸

Apenas quando as pessoas são dotadas de um conjunto mínimo de liberdades substanciais é que elas se tornam responsáveis por sua própria vida, ou seja, que elas se tornam capazes de exercer com plenitude a sua autonomia privada. A partir dessa constatação Amartya Sen destaca a existência de um vínculo entre a liberdade substantiva, proporcionada pela *igualdade de oportunidade*, promovida pela *redistribuição de recursos*, e a possibilidade de a pessoa ser responsável.

“as liberdades substantivas que desfrutamos para exercer nossas responsabilidades são extremamente dependentes das circunstâncias pessoais, sociais e ambientais. Uma criança a quem é negada a oportunidade de aprendizado escolar básico não só é destituída na juventude, mas desfavorecida por toda a vida (como alguém incapaz de certos atos básicos que dependem de leitura, escrita e aritmética). O adulto que não dispõe de recursos para receber tratamento médico para uma doença que o aflige não é vítima da morbidez evitável e da morte possivelmente escapável, como também pode ter negada a liberdade de realizar várias coisas – para si mesmo e para outros – que ele pode desejar como ser humano responsável. O trabalhador adscrito nascido na semi-escravidão, a menina submissa tolhida por uma sociedade repressora, o desamparado trabalhador sem terra, desprovido de meios substanciais para auferir uma renda, todos esses indivíduos são privados não só de Bem-estar, mas do potencial para levar uma vida responsável, pois esta depende do gozo de certas liberdades básicas. Responsabilidade *requer* liberdade.”¹¹²⁹

Portanto, só é integralmente responsável pela sua vida e por seu destino aquele que desfruta de liberdade substancial. Da mesma forma, os cidadãos só serão responsáveis pelo destino da sociedade que integram quando tiverem liberdade substancial para participar dos debates democráticos e dos processos decisórios. A ausência de condições mínimas para o exercício da liberdade substantiva impede o desenvolvimento da autonomia privada e também da autonomia pública do cidadão, uma vez que sem liberdades básicas efetivas sua capacidade de participar do debate democrático de forma consciente e frutífera resta amplamente prejudicada.

¹¹²⁸ SEN, Amartya. Idem, p. 18. Nesse sentido, o autor explica que Destaca que “a ausência de liberdades substantivas relaciona-se diretamente com a pobreza econômica, que rouba das pessoas a liberdade de saciar a fome, de obter uma nutrição satisfatória ou remédios para doenças tratáveis, a oportunidade de vestir-se ou morar de modo apropriado, de ter acesso a água tratada ou saneamento básico. Em outros casos, a privação da liberdade vincula-se estreitamente à carência de serviços públicos e assistência social, como por exemplo a ausência de programas epidemiológicos eficazes para a manutenção da paz e da ordem local. Em outros casos, a violação da liberdade resulta diretamente de uma negação de liberdades políticas e civis por regimes autoritários e de restrições impostas à liberdade de participar da vida social, política e econômica.” (Idem, Ibidem).

¹¹²⁹ SEN, Amartya. Idem, p. 322.

Como consequência da ausência de liberdades substantivas que tornam o indivíduo apto a participar de forma efetiva dos debates públicos, as decisões públicas ficam imunes ao controle popular e tendem a ser tomadas em um ambiente de corrupção, ineficiência e clientelismos. Nesse sentido, Ana Paula de Barcellos destaca que nesse contexto a concretização de direitos fundamentais para o exercício das liberdades fica prejudicada, uma vez que a aplicação dos recursos públicos não tem como prioridade o incremento das liberdades substanciais através da realização dos direitos fundamentais, assim, "... as condições da população de participar do processo democrático permanecem inalteradas. O ciclo então se renova: sem controle social, persistem a corrupção, a ineficiência e o clientelismo."¹¹³⁰

Diante da ausência de condições de sociais mínimas, a democracia deliberativa perde o seu valor. Por isso, uma sociedade que busca a construção de uma esfera pública forte e ativa depende da realização de política *redistributivas* que forneçam a todos os cidadãos condições sociais mínimas para desfrutarem das liberdades e participarem da deliberação democrática, rompendo com o ciclo de corrupção, ineficiência e clientelismo. Tal necessidade foi reconhecida de forma explícita por Carlos Santiago Nino ao afirmar que os direitos sociais são a outra face dos direitos individuais, integrando, também, a noção de direitos *a priori*. Para Nino está claro que somente a partir da fruição das necessidades básicas, providas pelos direitos fundamentais sociais, é possível o exercício das liberdades e da autonomia privada que são peças-chave de qualquer deliberação democrática. Na mesma linha, porém, de forma muito mais discreta, Habermas, também advertiu para a necessidade de implementação de direitos sociais básicos para a o desenvolvimento de um procedimento discursivo democrático.

A Constituição brasileira de 1988 também reconheceu a importância de condições sociais mínimas para o desenvolvimento da autonomia privada e para a fruição das liberdades fundamentais para a democracia. Os direitos sociais são uma das características mais marcantes da Constituição brasileira, que lhes outorgou o *status* de direitos fundamentais, submetendo-os, inclusive, ao mesmo regime jurídico dos direitos individuais. A preocupação com a concretização de condições sociais mínimas para o usufruto das liberdades substantivas e para a construção da

¹¹³⁰ BARCELLOS, Ana Paula de. **A eficácia dos princípios jurídicos...**, p. 348.

democracia está marcada desde o preâmbulo até o capítulo da ordem social, comprovando que a Constituição está consciente de que a liberdade depende da igualdade substancial, da *igualdade de oportunidades*.

Portanto, a Constituição de 1988 sabe que a liberdade não se garante apenas com os direitos de defesa, que um cidadão que não tem o que comer, onde morar, o que vestir, onde trabalhar, não tem liberdade e dignidade. Por essa razão, os direitos sociais têm uma função emancipatória¹¹³¹ para o indivíduo, “... constituem exigência inarredável do exercício efetivo das liberdades e garantia da igualdade de chances (oportunidades), inerentes à noção de uma democracia e um Estado de Direito, de conteúdo não meramente formal, mas sim, guiado pelo valor da justiça material.”¹¹³² Nesse sentido, José Adércio Leite Sampaio afirma que os direitos sociais e os direitos individuais formam uma “complementaridade tensa”, uma vez que os direitos sociais

“... não só aperfeiçoam a estrutura de garantia e a tutela dos direitos, como intentam realizar ‘as condições para tornar efetiva a participação política e a fruição da liberdade.’ (Carlassare). Aparecem, assim, os direitos sociais como uma síntese entre liberdade e igualdade ou como forma imprescindível de afirmação de uma ‘liberdade igual’ e de garantia da realização efetiva do princípio democrático.”¹¹³³

Desse modo, cabe à jurisdição constitucional, comprometida com a democracia deliberativa, a tutela dos direitos sociais que constituem pré-requisitos para o processo democrático deliberativo. Essa afirmativa, no entanto, é rodeada de problemáticas. Dentre os argumentos mais comuns contra a concretização judicial dos direitos sociais estão a legitimidade democrática do Poder Judiciário, a compreensão dos direitos sociais como normas programáticas, uma rígida interpretação da separação de poderes e a incapacidade técnica dos juízes para a decidirem sobre a alocação de recursos escassos.

A natureza programática das normas de direitos sociais, a separação de poderes e a legitimidade democrática do Poder Judiciário são objeções que podem ser facilmente rechaçadas. Os direitos sociais foram incorporados no artigo 6º. da Constituição como *questões de princípio* e submetem-se ao regime da abertura e da

¹¹³¹ CLÈVE, Clèmerson Merlin. A Eficácia dos Direitos Fundamentais Sociais. In: **Crítica Jurídica – Revista Latinoamericana de Política, Filosofia y Derecho**, nº. 22. Curitiba: Unibrasil, 2003, p. 19.

¹¹³² SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais...**, p. 73-74.

¹¹³³ **A Constituição Reinventada pela Jurisdição Constitucional...**, p. 682.

aplicabilidade imediata dos §§ 1º. e 2º. do art. 5º.; a separação de poderes desenhada pela Constituição de 1988, como já salientado, impõe um dever de cooperação entre os Poderes para a efetividade dos direitos sociais; e, finalmente, o empecilho da legitimidade democrática pode, na linha de Daniel Sarmento, se afastado com os seguintes argumentos: *i)* os demais Poderes também sofrem uma crise de representatividade; *ii)* a democracia hoje vai além do sistema representativo, implicando uma forte vinculação com a garantia de direitos fundamentais para o exercício da cidadania – direitos de defesa e prestacionais – de modo que assim o Judiciário atua em prol da democracia e não contra ela, e *iii)* a natureza normativa da Constituição impõe o controle dos demais Poderes pelo Judiciário¹¹³⁴.

Na perspectiva da democracia deliberativa, a objeção democrática à aplicabilidade dos direitos sociais pela jurisdição constitucional resta ainda mais enfraquecida, uma vez que os direitos sociais são pré-condições ao debate democrático. Nesse sentido, Cláudio Pereira Souza Neto destaca que

“... a crítica de que a atuação judiciária no campo dos direitos sociais é antidemocrática desconsidera que o Judiciário pode exercer um papel importante na garantia das condições para que a deliberação pública se instaure adequadamente. Tais condições envolvem liberdades básicas, mas também os direitos sociais fundamentais... ao garanti-los, o Judiciário capacita o cidadão para uma participação pública efetiva e, com isso, qualifica-o debate público.”¹¹³⁵

Se a legitimidade democrática não é um óbice para a concretização judicial dos direitos fundamentais, mantém-se em pé premissa de que cabe à jurisdição constitucional, comprometida com a democracia deliberativa, garantir as *condições necessárias* para que todos exerçam a autonomia pública e privada. Entretanto, a concretização de algumas das condições necessárias para a democracia deliberativa esbarra na objeção da *reserva do possível*.

Teoricamente, pode-se afirmar que a jurisdição constitucional está autorizada a intervir no campo dos direitos fundamentais sociais sempre que for necessária a garantia das *condições necessárias* para a participação igualitária na

¹¹³⁴ SARMENTO, Daniel. A Proteção Judicial dos Direitos Sociais: Alguns Parâmetros Ético-Jurídicos. In: **Direitos Sociais: fundamentos, judicialização e direitos sociais em espécie**. SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel (Org.). Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 559-561.

¹¹³⁵ A justiciabilidade dos direitos sociais: críticas e parâmetros. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel. (Org.). **Direitos sociais: fundamentos, judicialização e direitos sociais em espécie**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 523)

vida pública. Todavia, definir qual é o conteúdo dessas condições é uma tarefa árdua, uma vez que as necessidades humanas fundamentais estão em constante ampliação. O acesso à *Internet*, por exemplo, pode vir a ser uma condição fundamental para a democracia. Nesse sentido, Ana Lúcia Pretto Pereira destaca que:

“As necessidades humanas são ilimitadas, na medida em que o progresso social, científico e econômico, aliado ao crescimento populacional, faz com que as necessidades dos indivíduos sejam distintas com o passar das gerações, tendendo a aumentar exponencialmente. O choque de civilizações, a evolução das sociedades, as correntes comerciais, tudo isso fez com que as comunidades incorporassem em suas culturas elementos até então despidos de qualquer essencialidade. São necessidades que variam desde vestuário, alimentação, e também espirituais, de modo que se torna inócuo conceber que a ciência dê conta da satisfação de todas elas. Não podem ser objetivamente previstas, o que leva à incerteza quanto ao que pode vir a ser uma necessidade futuramente”¹¹³⁶.

Assim, apresentar um catálogo de *condições necessárias*, ou melhor, dos *pré-requisitos* ao debate democrático dotado de valor epistêmico que devem ser tutelados pela jurisdição constitucional é uma tarefa impossível – pelo menos neste momento.

A Constituição já fornece um rol mínimo de direitos sociais para que todos os cidadãos desfrutem de igualdade e liberdade, no entanto, é preciso fugir de uma “ingenuidade positivista”, e reconhecer que não é porque está previsto na Constituição ou na lei que os direitos sociais são imediatamente realizáveis¹¹³⁷. Como ressalta Clèmerson Merlin Clève, os direitos sociais “... são insuscetíveis de realização integral (o horizonte é sempre infinito), pois o seu cumprimento implica uma caminhada progressiva sempre dependente do ambiente social no qual se inserem, do grau de riqueza da sociedade, da eficiência e da elasticidade dos mecanismos de expropriação (da sociedade, pelo Estado) e de alocação (justiça distributiva) de recursos.”¹¹³⁸ Essa também é a observação de Karl Loewenstein:

“A massa do povo é suficientemente lúcida para reclamar um mínimo de justiça social e de segurança econômica. Porém, nem a mais perfeita Constituição está em condições de satisfazer esses desejos, por mais ambicioso que seja o catálogo de direitos fundamentais econômicos e sociais. A constituição não pode salvar o abismo entre a pobreza e a riqueza;

¹¹³⁶ **A Reserva do Possível:** entre constitucionalismo e democracia. Dissertação de Mestrado. Curitiba: Universidade Federal do Paraná, 2009, p. 21-22.

¹¹³⁷ AMARAL, Gustavo. **Direito, Escassez & Escolha**. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p. 221.

¹¹³⁸ CLÈVE, Clèmerson Merlin. A Eficácia dos Direitos Fundamentais Sociais..., p. 21.

não pode trazer comida; nem casa; nem roupa; nem educação; nem descanso; isto é, as necessidades da vida.”¹¹³⁹

Portanto, não basta a positivação dos direitos sociais no texto da Constituição para que eles sejam atendidos. Todos os direitos, mas especialmente os direitos sociais, têm custos, dependem da disponibilização e da alocação de recursos escassos. Assim, se é verdade que o custo dos direitos não afasta a sua justiciabilidade dos direitos sociais, também é verdade – e disso não há como escapar – que as decisões judiciais enfrentam limitações fáticas que se impõem para a concretização desses direitos, não raro obrigando o juiz a fazer escolhas trágicas¹¹⁴⁰. Deste modo, se a equação *condições necessárias para a deliberação democrática x disponibilidade de recursos para sua concretização* não fecha, é fundamental que a jurisdição constitucional decida com suporte em um conjunto de critérios extraídos de uma leitura comprometida com a democracia e a Constituição.

A definição de critérios para a atuação da jurisdição diante da *reserva do possível* não é o objeto deste trabalho. Entretanto, como uma jurisdição constitucional comprometida com tutela da democracia deliberativa depara-se, frequentemente, com o argumento da *reserva do possível* em um país com o Brasil; onde, por um lado os recursos são escassos e mal alocados e, por outro, as demandas por direitos sociais são inúmeras, não havendo a concretização de um patamar mínimo de direitos sociais para a realização de um debate democrático dotado de valor epistêmico, algumas considerações serão feitas, mas sem a pretensão de apresentar uma solução ou esgotar o tema.

Primeiro, destaca-se que se a democracia deliberativa demanda um tratamento igualitário para todos. Assim, a igualdade pode ser empregada como um primeiro critério constitucional para concessão, ou não, de um direito social em um ambiente de escassez de recursos. Observa-se que grande maioria dos pleitos, individualmente, poderia ser atendida, uma vez que cotejados com os recursos orçamentários apresentam um baixo custo. O problema surge quando há pretensão de universalizar esse direito diante do princípio da igualdade e os recursos públicos já não dão mais conta da demanda. Por isso, somente considerando a possibilidade

¹¹³⁹ LOEWSTEIN, Karl, **Teoría de la Constitución...**, p. 229.

¹¹⁴⁰ A expressão escolhas trágicas foi cunhada por CALABREI, Guido; BOBBIT, Philip. *Tragic choices*. New York: Norton, 1978.

de universalização é que pode haver uma ação coerente e imparcial, que não venha em prol apenas daqueles que tem acesso à justiça.

Assim, por exemplo, se o governo tem condições de conceder uma casa para uma família, mas não tem condições para conceder para todas as famílias que necessitam, é hora de aprofundar a reflexão e ter mais cautela para proferir a decisão, pois, como ensina Daniel Sarmento, "... o Estado não deve conceder a um indivíduo aquilo que ele não estiver em condições de dar a todos os que se encontram na mesma posição."¹¹⁴¹ No mesmo sentido Souza Neto destaca que conceder um direito sem refletir sobre a sua possibilidade de universalização é fingir "... que a escassez não existe, o que obviamente, não a elimina, mas apenas 'empurra para deixo do debate', suprimindo o espaço para a discussão dos critérios de justiça na partilha do bolo."¹¹⁴²

A jurisdição constitucional deve estar atenta para as consequências produzidas pela multiplicação das ações individuais, pois perante a escassez de recursos, a justiça do caso concreto, a microjustiça, pode tornar-se uma macroinjustiça¹¹⁴³. Nessa linha, Gustavo Amaral adverte que "A justiça do caso concreto deve ser sempre aquela que possa assegurar a todos que estão ou possam vir a estar em situação similar, sob pena de quebrar-se a isonomia."¹¹⁴⁴. A concretização judicial de um direito social sem critérios caracteriza, nas palavras de Virgílio Afonso da Silva, um "ativismo judicial despreparado", que ignora as

¹¹⁴¹ SARMENTO, Daniel. A Proteção Judicial dos Direitos Sociais: Alguns Parâmetros Ético-Jurídicos..., p. 571-572.

¹¹⁴² Idem, p. 584-585.

¹¹⁴³ Diante do dilema entre micro e macrojustiça, Souza Neto defende que as ações coletivas são a melhor alternativa para a concretização dos direitos sociais, pois têm a possibilidade de a) universalizar as prestações, b) gerar um impacto menor no planejamento da Administração Pública, c) serem precedidas de inquéritos civis para o exame detalhado da situação, d) estimulam a mobilização conjunta dos cidadãos, e) ampliar o acesso à justiça e f) dar a oportunidade de se refletir melhor sobre o impacto da demanda no orçamento. No entanto, deve-se continuar optando pelo litígio individual a) quando a demora na concretização do direito pleiteado provoque danos irreversíveis, como ocorre no caso do pleito à educação infantil e à saúde e b) nas hipóteses de descumprimento de lei. (A justiciabilidade dos direitos sociais: críticas e parâmetros..., p. 543- 545).

¹¹⁴⁴ AMARAL, Gustavo. **Direito, Escassez e Escolha**..., p. 39. Gustavo Amaral sugere que diante de pretensões individuais que demandam a prestação de um direito à saúde, o Judiciário deve analisar as condutas dos Poderes Legislativo e Administrativo para a realização daquele direito, e não analisar o fato e ver se encontra respaldo legal. Primeiro, deve o juiz verificar se há "violação potencial" ao direito e verificar quais as razões que o Estado dá para a ausência de efetividade do direito, ponderando então entre a *essencialidade* da pretensão e a *excepcionalidade* da situação concreta. A decisão deve ser dada para o caso concreto, mantendo abertura para o futuro. (Idem, 208-210).

diferenças entre direitos de defesa e prestação¹¹⁴⁵ e as consequências de suas decisões no campo da macrojustiça¹¹⁴⁶.

A macrojustiça exige que a jurisdição constitucional veja os problemas dos direitos sociais de forma global, por isso a importância do diálogo institucional para a fiscalização da implementação das políticas públicas e para a alocação de recursos¹¹⁴⁷. No âmbito judicial, a aplicabilidade dos direitos sociais corre grande risco de decorrer de uma visão de túnel, que deixa elementos importantes fora o espectro de análise devido às formalidades e prazos processuais, daí a necessidade de reforço do diálogo institucional e do diálogo com a sociedade civil¹¹⁴⁸.

O diálogo com os demais Poderes Públicos, especialmente com o Poder Executivo, é imprescindível. Somente através do devido diálogo é que o juiz poderá saber em que pé estão as políticas públicas destinadas à concretização do direito reivindicado e poderá dimensionar se a promoção da justiça no caso concreto pode provocar uma macroinjustiça, se a concessão de um tratamento de alto custo para

¹¹⁴⁵ Como explica Virgílio Afonso da Silva, as liberdades públicas e os direitos políticos são geralmente classificados como normas de *eficácia plena* porque não demandariam uma ação do Estado para a sua aplicação. Já os direitos sociais são classificados como normas de *eficácia contida*, justamente por necessitarem de intervenção estatal para a sua efetivação. No entanto, “qualquer direito implica custos – às vezes – altíssimos – ao Estado. Ou seja, não são apenas aqueles direitos garantidos por aquilo que se convencionou chamar de norma de eficácia limitada que exigem uma ação onerosa ao Estado, mas também as liberdades públicas e os direitos políticos (e todos os outros direitos). Com isso, pretende-se demonstrar, então, que a *limitação da eficácia de determinadas normas não é algo intrínseco a elas*.” (**O Conteúdo Essencial dos Direitos Fundamentais e a Eficácia das Normas Constitucionais**..., 307) Assim, qual a diferença entre o direito ao voto e o direito à saúde? Tradicionalmente, dir-se-ia que é necessidade de regulamentação. No entanto, o fato é que ambas dependem de ação estatal para ter efetividade, portanto, como explica Virgílio Afonso da Silva “... diferença não está no plano jurídico-analítico, mas no plano jurídico-empírico.” (Idem, p. 309) O direito ao voto já possui toda a estrutura legislativa e administrativa consolidada, enquanto direito à saúde depende uma ampla reestruturação do sistema de saúde pública. Por isso, o autor afirma que a diferença entre os dois casos é “fática e temporal”, pois em ambos os casos a ação estatal é fundamental. O caso das liberdades públicas (como normas de eficácia plenas restringíveis) e dos direitos sociais (como normas de eficácia limitada) é semelhante. Os direitos de liberdade que demandam direitos de proteção e a organização e a procedimentos só são plenamente garantidos quando há uma ação estatal voltada a sua garantia por legislação e administração, da mesma forma que o direito à educação. Portanto, deve-se concluir que “Se toda a norma depende de intervenção e de regulamentação para produzir efeitos, distingui-las em normas de eficácia plena e norma de eficácia limitada deixa de fazer sentido.” (Idem, p. 318). No entanto, reconhece finalmente o autor que apesar das relativizações, em geral, as liberdades públicas exigem um não fazer, enquanto os direitos sociais exigem um fazer.

¹¹⁴⁶ SILVA, Virgílio Afonso da. O Judiciário e as Políticas Públicas: entre transformação social e obstáculo à realização dos direitos sociais. In: **Direitos Sociais: Fundamentos, Judicialização e Direitos Sociais em espécie**. SOUZ NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel (coord). Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 596.

¹¹⁴⁷ SILVA, Virgílio Afonso da. O Judiciário e as Políticas Públicas: entre transformação social e obstáculo à realização dos direitos sociais..., p. 596.

¹¹⁴⁸ SILVA, Virgílio Afonso da. Idem, p. 582.

um paciente vai colocar em risco a vacinação de toda a população contra determinada doença. Nas decisões trágicas é fundamental um diálogo institucional entre os Poderes e as partes, caso contrário – como diz a quase clássica metáfora – o cobertor pode cobrir a cabeça e descobrir os pés. Assim, as atenções do juiz devem ir além do caso concreto, vislumbrando todas as consequências que as decisões potenciais podem provocar.

No entanto, muitas vezes o diálogo institucional pode ser insuficiente, sendo preciso que a jurisdição constitucional recorra a profissionais com conhecimentos técnicos que podem influenciar na decisão. Nessa hipótese, a crítica da ausência de capacidade técnica do Judiciário pode ser superada com o suporte de técnico e peritos, com a ampliação dos processos, com a realização de inquéritos civis pelo Ministério Público antes de ingressar com ações coletivas, com a participação de *amicus curiae* e a realização de audiências públicas.

O exemplo perfeito é concedido por Souza Neto: quando um juiz determina o internamento de um paciente na UTI ele pode estar retirando do leito de tratamento intensivo um paciente em estado mais grave que não recorreu à justiça, ou seja, trata os cidadãos de forma desigual e coloca em risco um valor tão importante quanto aquele que buscou defender. Por isso, é que os juízes devem procurar dialogar com os executores das políticas públicas e a sociedade civil (técnicos, pesquisadores, associações) para ter uma real dimensão das consequências de suas decisões, assim, “Não raro se exigirá que o magistrado visite escolas e hospitais e dialogue, no local, com os usuários e servidores.”¹¹⁴⁹

Há ainda um outro exemplo de intervenção da jurisdição constitucional na concretização dos direitos sociais a partir de um diálogo institucional que ficou muito conhecido mundialmente. Trata-se do caso *Government of South África v. Grootboom*, julgado em 2000 pela Suprema Corte da África do Sul. O caso envolvia pessoas que estavam vivendo em condições de extrema pobreza (em barracas de plástico) após terem sido despejadas de uma área particular e pleiteavam ao Estado a concessão imediata de abrigos. A Corte entendeu não ser possível garantir o abrigo para aquelas pessoas uma vez que a mesma política não poderia ser estendida para os demais necessitados, isto é, não poderia ser universalizada. No entanto, dispôs-se a controlar a política pública de habitação levada a cabo pelo

¹¹⁴⁹ A justiciabilidade dos direitos sociais: críticas e parâmetros..., p. 546.

governo, a qual na opinião da Corte já tinha incorrido em falha por não prever medidas emergências para pessoas que estavam em condições desesperadoras. Diante disso, determinou a Corte a reformulação da política para o atendimento imediato de pessoas necessitadas – mas não disse como deveria ser feita essa reformulação, evitando de adentrar no campo político. Para fiscalizar o cumprimento da decisão, a Corte nomeou um órgão externo independente, o Human Rights Commission, organização com grande prestígio em matéria de direitos sociais, para acompanhar os trabalhos da Administração e relatá-los à Corte¹¹⁵⁰⁻¹¹⁵¹.

Em outra decisão de destaque, a Suprema Corte Sul-africana determinou, no julgamento do caso *Minister of Health v. Treatment Action Campaign AIDS*, que o governo deveria, respeitando os recursos disponíveis, colocar em prática um amplo programa de tratamento para mulheres portadoras de AIDS, a fim de evitar a transmissão do HIV para seus filhos. Note-se que em ambas as decisões a Corte não impôs a sua vontade sobre a do legislador, apenas determinou o cumprimento de um mandamento constitucional e promoveu o debate sobre questões negligenciadas, cobrando dos políticos a sua responsabilidade. Como observou Gargarella “A Corte realizou desta forma um valioso esforço dirigido à ‘inclusão’ social das pessoas até então marginalizadas do debate público.”¹¹⁵²

Tais exemplos demonstram como a jurisdição constitucional, que assume um compromisso com a democracia deliberativa, isto é, que assume um compromisso com inclusão de todos os cidadãos no debate democrático-deliberativo em condições de igualdade e liberdade, pode intervir no campo dos direitos sociais para garantir as *condições necessárias* – os direitos *a priori* – para o debate democrático sem que isso implique intervenção ilegítima na esfera de competência dos outros Poderes, a substituição do jurídico pelo político e a realização de

¹¹⁵⁰ Decisão citada por Daniel Sarmiento em *Proteção Judicial dos Direitos Sociais: Alguns Parâmetros Ético-Jurídicos...*, p. 582 e SUNSTEIN, Cass. **Second Bill of Rights...**, p. 211.

¹¹⁵¹ *AKS v. Bangladesh* – a desocupação de um assentamento deveria ser feita através de um plano de reassentamento, de modo gradual, notificando os invasores e levando em consideração sua capacidade de encontrar uma outra acomodação. (p. 493) A Corte Constitucional Alemã “decidiu em uma série de casos que poder de tributar estatal não pode se estender aos meios materiais necessários para cobrir o ‘mínimo existencial’. Assim, a legislação tem um dever de respeitar os meios básicos de vida, e não pode impor tributos além desses limites.” Decisões: BVerfGE 82, 60(85) e 87, 153(169). (COURTIS, Christian. Critérios de Justiciabilidade dos Direitos Econômicos Sociais e Culturais: uma Breve Exploração. In: **Direitos Sociais**: Fundamentos, Judicialização e Direitos Sociais em espécie. SOUZ NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel (coord). Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 495).

¹¹⁵² *Democracia Deliberativa e o Papel dos Juizes diante dos direitos sociais...*, p. 17.

microjustiça a custo de uma macroinjustiça. Portanto, é através de um diálogo institucional firme, incentivado pela democracia deliberativa, que afaste a visão de túnel em que geralmente recai a jurisdição constitucional, e com substrato em uma interpretação da Constituição que visa à igualdade e à liberdade dos cidadãos, que a jurisdição constitucional pode exercer um importante papel na construção e no fortalecimento dos pressupostos deliberativos.

É importante ressaltar ainda que o diálogo institucional deve ser sempre muito bem fundamentado, uma vez que a *reserva do possível* não pode ser utilizada como desculpa para as omissões estatais, seja a omissão do Executivo, do Legislativo ou do próprio Judiciário. Como ensina Clèmerson Merlin Clève, a *reserva do possível* não pode “... ser compreendida como uma cláusula obstaculizadora, mas, antes, como uma cláusula que imponha cuidado, prudência e responsabilidade no campo da atividade judicial.”¹¹⁵³ O Poder Judiciário deve estar comprometido com uma dogmática constitucional emancipatória¹¹⁵⁴ que se faz mediante a inclusão dos cidadãos na esfera pública em condições de igualdade e liberdade. Assim, a *reserva do possível* não pode levar ao esvaziamento do direito social¹¹⁵⁵, a sua transformação em direitos simbólicos e, muito menos, servir como uma justificativa plausível para todas as demandas que implicam transformação social¹¹⁵⁶.

Desta forma, se a aplicação da *reserva do possível*, por qualquer um dos Poderes do Estado, nada mais é do que uma restrição aos direitos sociais, ela exige do aplicador um ônus argumentativo. Assim, explica Virgílio Afonso da Silva que

“Se toda a não-realização de direitos que exigem uma intervenção estatal é uma forma de restrição ao âmbito de proteção desses direitos, a consequência natural, como ocorre em todos os casos de restrições a direitos fundamentais, é uma exigência de fundamentação. Restrição fundamentada é restrição possível; restrição não-fundamentada é violação.”¹¹⁵⁷

Por isso, diante de pleitos de direitos sociais o juiz deve analisar “... se há ou não há fundamentação jurídico-constitucional para a omissão. Somente nos

¹¹⁵³ CLÈVE, Clèmerson Merlin. A Eficácia dos Direitos Fundamentais Sociais..., p. 19.

¹¹⁵⁴ CLÈVE, Clèmerson Merlin. Idem, p. 28-29

¹¹⁵⁵ ALEX, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**..., p. 515.

¹¹⁵⁶ BARCELLOS, Ana Paula de. **A eficácia dos princípios jurídicos**..., p. 261.

¹¹⁵⁷ **O Conteúdo Essencial dos Direitos Fundamentais e a Eficácia das Normas Constitucionais**..., p. 332-333.

casos de omissão infundada é que se poderia imaginar alguma margem de ação para os juízes nesse âmbito.”¹¹⁵⁸

Portanto, se o Poder Executivo não for capaz de justificar de forma consistente a sua omissão e a inviabilidade da realização do direito social pleiteado, cabe a intervenção da jurisdição constitucional. Essa foi a postura da Suprema Corte da África do Sul no caso *Port Elizabeth Municipality v. Various Occupiers*, no qual a Corte manteve o assentamento de 68 pessoas em terras privadas tendo em vista: i) as circunstâncias da ocupação, ii) o período de ocupação, iii) a disponibilidade de terra alternativa. Após consultar o Poder Executivo em busca de uma solução para o problema, a Corte concluiu pela ausência de esforço do governo em solucionar a questão. A decisão foi endossada pela Comissão Africana de Direitos Humanos e dos Povos no caso *Social and Economic Rights Action/Center for Economic and Social Rights v. Nigeria*¹¹⁵⁹. Em casos como esses a intervenção da jurisdição constitucional não pode ser considerada uma violação à democracia, à separação de poderes e à *reserva do possível*, muito pelo contrário, deve ser considerada uma defesa da democracia, da harmonia entre os poderes e dos direitos sociais.

Se alguns direitos sociais são condições para a democracia, deve o Judiciário concretizá-los diante da inércia dos Poderes eleitos. Em caso de omissão, a jurisdição tem o dever de atuar para garantir os direitos mínimos necessários para a deliberação democrática; não pode, sob o pretexto da separação de poderes, virar as costas para o cidadão, mas deve atuar com cautela, respeitando as decisões alocativas do Poderes Executivo e Legislativo. Assim, diante da ausência de lei ou política pública implementando o direito solicitado, não há dúvidas, o Judiciário deve agir! A intervenção também está autorizada quando a lei e a política pública não estiverem sendo cumpridas. Não há o que se questionar sobre a legitimidade da intervenção judicial diante da inércia dos demais Poderes, pois, como bem frisa Souza Neto,

“Se o Judiciário tem legitimidade para invalidar normas produzidas pelo Poder Legislativo, mais facilmente pode se afirmar que é legítimo para agir diante de sua inércia, quando esta implicar um óbice ao funcionamento regular da vida democrática. Vale dizer: a

¹¹⁵⁸ SILVA, Virgílio Afonso da. *Idem*, p. 333

¹¹⁵⁹ COURTIS, Christian. *Critérios de Justiciabilidade dos Direitos Econômicos Sociais e Culturais: uma Breve Exploração...*, p. 496.

concretização judicial de direitos sociais fundamentais, independente de mediação legislativa, é um *minus* em relação ao controle da ação inconstitucional.”¹¹⁶⁰

Desta forma, entende-se que em um contexto democrático-deliberativo, a intervenção da jurisdição constitucional em sede de direitos sociais pode ser mecanismo fundamental para a promoção e proteção da deliberação, uma vez que esses direitos assumem função excepcional na construção da autonomia privada do cidadão e são pressupostos para a autonomia pública; isto é, os direitos sociais são ferramentas essenciais para que as pessoas desenvolvam os seus projetos de vida em condições de igual liberdade e são pressupostos para a participação do cidadão na esfera pública de forma crítica e efetiva. Um cidadão sem educação e saúde não dispõe de condições para realizar seus projetos de vida e formar suas convicções de forma independente e encontra-se fictamente incluído na esfera democrática, já que tem sua capacidade de reflexão e influência no debate seriamente restringidas.

Finalmente, é preciso reconhecer que o excesso de intervenção da jurisdição constitucional no campo dos direitos sociais pode abafar a cidadania, como destaca Daniel Sarmento “... trata-se de um risco que não pode ser menosprezado.”¹¹⁶¹ A cidadania é a peça fundamental da democracia deliberativa, por isso, a intervenção da jurisdição constitucional deve ser cuidadosa, para que a promoção dos direitos sociais pelo Poder Judiciário não desmobilize os cidadãos para a luta política¹¹⁶². A judicialização excessiva, que atropela as decisões tomadas pela esfera pública democrática e enxerga o Poder Judiciário como um verdadeiro messias pode provocar um dano gravíssimo: a apatia política dos cidadãos. Como já destacado, uma margem de judicialização é admissível e legítima, uma vez que advém da própria Constituição, no entanto, deve-se ter cautela para não extrapolar os limites e suprimir aquilo que é o fundamento da condição humana e da democracia: a política como ação compartilhada entre os homens.

Por isso, é essencial advertir, mais uma vez, que a jurisdição constitucional desempenha um papel subsidiário na efetivação dos direitos fundamentais, os quais devem ser reivindicados e discutidos na esfera pública democrática. A jurisdição

¹¹⁶⁰ **Teoria Constitucional e Democracia Deliberativa**..., p. 258.

¹¹⁶¹ SARMENTO, Daniel. A Proteção Judicial dos Direitos Sociais: Alguns Parâmetros Ético-Jurídicos..., p. 562.

¹¹⁶² Nesse sentido, confira-se SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. A justiciabilidade dos direitos sociais: críticas e parâmetros..., p. 524.

constitucional só deve intervir nos direitos sociais, só deve assumir um protagonismo judicial, na medida em que esse protagonismo for direcionado à promoção das condições fundamentais para que os indivíduos estejam habilitados a discutir os assuntos políticos na esfera pública.

Encontrar um ponto de equilíbrio é o grande desafio, mas não é uma missão impossível. A atuação da Suprema Corte EUA nos anos 50 e 60, conhecida pelo seu forte ativismo, não esvaziou o espaço político, mas incentivou as mobilizações populares na defesa dos direitos civis, indicando que a jurisdição constitucional pode fomentar a cidadania e incrementar os seus debates. Como sugere Dworkin, a jurisdição pode inaugurar um verdadeiro debate republicano, transferindo para o campo da política um debate mais profundo sobre as questões apreciadas pelo Judiciário. No Brasil, um bom exemplo desse movimento é a concessão judicial de medicamentos para portadores do vírus HIV na década de noventa. A partir dessas decisões o movimento social em prol dos portadores de HIV ganhou impulso e provocou uma reformulação das políticas públicas para a saúde. Aprovaram-se leis para a distribuição gratuita de medicamentos, incentivou-se a produção de genéricos e, até mesmo no plano internacional, as demandas sociais refletiram na quebra de patentes. Esse é um belo exemplo em que “... ao invés de desmobilizar a cidadania, o Judiciário contribuiu para que a atuação cidadã tivesse lugar.”¹¹⁶³

Por isso, como ensina Canotilho, “... não haverá alternativa para as transformações se não forem reabilitados o político e a política na República... Deve-se respeitar mais a política e o político. É um erro grave tê-los como inimigos da sociedade”¹¹⁶⁴. A construção de uma sociedade democrática igualitária só vai acontecer de baixo para cima, quando a população estiver capacitada para assumir

¹¹⁶³ SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. A justiciabilidade dos direitos sociais: críticas e parâmetros..., p. 525. Em sentido similar, Ana Carolina Lopes Olsen, afirma que decisões reiteradas em prol da efetividade dos direitos sociais conduzem o Estado à adoção de políticas públicas que satisfaçam o as constantes demandas judiciais. Nesse sentido, destaca a autora o depoimento do Diretor do centro de medicamentos do Paraná, Luiz Ribas: “A partir da demanda constante de medicamentos, queremos trabalhar para que ele passe a ser ofertado pelo governo. Com isso, as pessoas não precisarão mais ingressar com ações e os gastos podem ser reduzidos, já que, quando se trata de quantidades maiores, é mais fácil de negociar o preço com os laboratórios.” (**Direitos Fundamentais Sociais: efetividade frente à reserva do possível**. Curitiba: Juruá, 2008, p. 296) Para a autora, o Judiciário não pode cancelar as omissões inconstitucionais dos demais Poderes, em um Estado Democrático de Direito não se pode aceitar um judiciário conivente; “É preciso agir com responsabilidade, fundamentando de forma racional as decisões judiciais, levando em consideração a questão do custo, mas não se deixando imobilizar por ela.” (Idem, Ibidem).

¹¹⁶⁴ Entrevista dada ao site **Consultor Jurídico**. Publicada em 27 de outubro de 2009. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2009-out-25/fimde-entrevista-jose-joaquim-gomes-canotilho-constitucionalista-portugues>. Acesso em: 28.out.2009.

um compromisso com a realização dos direitos fundamentais. No entanto, para que esse processo de transformação da democracia se inicie é preciso que os Poderes do Estado, de forma cooperativa, forneçam as condições mínimas para viabilizar a democracia. Não existem milagres. A jurisdição constitucional não é salvadora da pátria, ela pode fazer coisas muito interessantes e importantes para os direitos fundamentais e para a democracia, mas não será capaz de sozinha solucionar todas as deficiências da democracia.

Em síntese, viu-se neste item que a jurisdição constitucional comprometida com a democracia deliberativa deve ir além da tutela dos pressupostos procedimentais para os debates, uma vez que esses perdem sua função se não forem complementados por condições substantivas capazes de fazer que com todos os indivíduos usufruam da liberdade como autonomia privada de forma igualitária.

Para alcançar a igual liberdade, diversos caminhos podem ser trilhados pelo Estado e apoiados pela jurisdição constitucional comprometida com a democracia deliberativa. No entanto, todos eles devem focar no *reconhecimento* de que todos os cidadãos são dignos de igual respeito e consideração e têm o direito de exercer sua autonomia privada em condições de igualdade com os outros cidadãos, caso contrário, estará se constituindo uma esfera pública em que uns desfrutam de mais liberdade que outros.

Mas, em sociedades marcadas pela injustiça social e econômica muitas vezes o reconhecimento não é suficiente para garantir a igual liberdade. É preciso investir-se também em políticas *redistributivas* que proporcionem a *igualdade de oportunidades* para todos. A combinação entre *reconhecimento* e *redistribuição* é fundamental para a inclusão de diversas minorias e para o sucesso de políticas públicas como as ações afirmativas.

A *redistribuição*, no entanto, vai além, a fim de gerar a *igualdade de oportunidades*, ingressa também no campo da concretização dos direitos sociais, condições substantivas que ao lado das liberdades individuais formam o substrato material para a democracia deliberativa. A liberdade garantida para um indivíduo realizar seus projetos de vida depende das oportunidades oferecidas a esse indivíduo. A liberdade de expressão só ganha um sentido forte quando o cidadão é capaz de ler e escrever, de receber e transmitir informações. Da mesma forma, as iguais oportunidades só podem ser usufruídas com a liberdade. O baixíssimo índice

de analfabetismo de que Cuba tanto se orgulha perde totalmente o seu valor diante da impossibilidade de os cidadãos escolherem os seus projetos de vida, obterem informações de forma livre e debaterem publicamente.

Portanto, a jurisdição constitucional comprometida com a democracia deliberativa deve se empenhar no *reconhecimento das diferenças* e na *redistribuição* que gere iguais oportunidades. Todavia, no que tange à redistribuição, os limites orçamentários são um obstáculo. Não é possível reconhecer um direito social que não tem perspectivas para ser concretizado de forma igualitária. Nessas situações a jurisdição constitucional deve buscar dialogar com os Poderes Públicos e com a sociedade civil para encontrar uma solução para o pleito em conjunto. Somente diante de omissões injustificadas é que a jurisdição constitucional pode intervir na concretização do direito social.

Nessa hipótese, as atenções devem ser redobradas, uma vez que em nome do fortalecimento das condições para a democracia, a jurisdição constitucional pode enfraquecer a própria democracia. Em outras palavras, uma intervenção judicial no campo dos direitos sociais que seja excessiva e desprovida de critérios, pode abafar a cidadania e suprimir o político, condições que estão na base de qualquer democracia e ganham relevância nos contextos deliberativos. Assim, a jurisdição constitucional deve exercer uma função subsidiária na concretização dos direitos sociais, intervindo de forma comedida e equilibrada para a promoção das condições necessárias à democracia; e não para a substituição da democracia – do político – pelo jurídico.

3.2.3 A impossibilidade de escolha entre as condições procedimentais e substanciais

Após analisar o papel da jurisdição constitucional perante as condições procedimentais e substanciais da democracia deliberativa, um alerta precisa ser feito: procedimento e substância não são opções excludentes, mas complementares. Se a democracia deliberativa tem em sua base condições procedimentais e substantivas, a jurisdição constitucional que assume um compromisso com a sua promoção não pode restringir-se à tutela dos procedimentos de tomada de decisão ou aos conteúdos substantivos sobre os quais se discute e se decide.

A conclusão de que procedimento e substância interagem para promover uma democracia dotada de valor epistêmico decorre da própria Constituição brasileira, na qual a interação da autonomia pública e privada, da liberdade positiva e negativa, de liberdade e igualdade, de procedimentos e substanciais são apresentadas como núcleo fundamental do Estado Democrático de Direito. Portanto, diante da Constituição não há espaço para a defesa de uma jurisdição constitucional procedimental – como a propugnada por Ely –, a tutela das condições substantivas da democracia é um mandamento constitucional do qual a jurisdição não pode escapar com recurso a fundamento teórico algum.

Nesse sentido, vale anotar que mesmo aquelas teorias rotuladas de *substantivas* como a de Dworkin, ou de *procedimentalistas*, como a de Habermas, estão plenamente conscientes de que procedimento e substância se pressupõem. Apesar da ênfase dada às condições substantivas, Dworkin reconhece explicitamente a importância do procedimento e ainda destaca a sua dependência de escolhas substantivas. Da mesma forma, Habermas, ao defender que a jurisdição constitucional deve tutelar a gênese democrática do direito não ignora o fato de que a ela demanda o estabelecimento de condições substanciais mínimas, que coloquem todos em condições de igualdade para a participação no procedimento democrático-deliberativo.

Como destaca Barroso, existe uma área intersecção entre os substancialismo e o procedimentalismo, “... ambas as correntes destacam o caráter imprescindível de certos direitos fundamentais, seja como pressuposto para deliberação, seja com pautas mínimas inerentes à dignidade humana.”¹¹⁶⁵ De acordo com o autor, as correntes apontam para as duas funções principais da Constituição que devem ser reconhecidas. A primeira é que a Constituição estabelece consensos mínimos essenciais à proteção da dignidade humana e da democracia que não podem ser desprezados por maiorias eventuais, ou seja, a Constituição estabelece condições substantivas mínimas que compõem o núcleo fundamental do Estado Democrático de Direito e funcionam como pressupostos para o exercício da autonomia pública e privada. A segunda é que a Constituição assegura espaço ao exercício do pluralismo político, garantindo o exercício da autonomia pública nos órgãos representativos e na própria esfera pública. Por essa razão, “A Constituição

¹¹⁶⁵ **Controle de Constitucionalidade no Direito Brasileiro...**, p. 58.

não pode abdicar da salvaguarda de valores essenciais e da promoção de direitos fundamentais, mas não deve ter, por outro lado, a pretensão de suprimir a deliberação legislativa majoritária e juridicizar além da conta o espaço próprio da política.”¹¹⁶⁶

Assim, se os direitos fundamentais, tanto em sua vertente procedimental quanto substancial, são as próprias condições para o procedimento democrático deliberativo, a jurisdição constitucional será legítima à medida que os tutelar adequadamente, isto é, que assumir a função de guardião das condições da democracia deliberativa, nem mais nem menos. Não cabe à jurisdição constitucional eximir-se da tutela dos direitos fundamentais sob o argumento democrático e tampouco substituir a democracia como forma de protegê-la, sua função é assegurar que todos gozem de igual liberdade e igual oportunidade para participar nas discussões e das decisões democráticas.

Portanto, a reconstrução das normas abertas pela jurisdição constitucional deve estar voltada à promoção das condições procedimentais e substanciais da democracia deliberativa. Só será legítima a interpretação/reconstrução da Constituição que dê vivacidade à esfera pública. A jurisdição constitucional estará em harmonia com a democracia quando fomentar o debate coletivo e contribuir para a inclusão, em condições de igualdade, de todos os cidadãos no debate democrático. O papel da jurisdição constitucional em uma democracia não é substituir a vontade do legislador, mas é o de ser “o motor garantidor” da deliberação coletiva¹¹⁶⁷. Nesse sentido, explica Gargarella que:

“Ser motor e garantidor da deliberação pública requer dos juízes a assunção de um papel mais modesto – de acordo com as suas capacidades e legitimidade – porém, ao mesmo tempo um papel crucial dentro do processo de tomada de decisões democráticas: eles devem ajudar a cidadania a reconhecer os diversos pontos de vista em jogo em situações de conflitos; devem forçar aos legisladores que justifiquem as suas decisões; devem colocar sobre a mesa pública os argumentos ou vozes ausentes no debate; devem impedir que aqueles que estão no controle do poder institucional excluam aqueles que estão fora do mesmo, devem impedir que decisões fundadas em interesses de grupos de poder.”¹¹⁶⁸

Desse modo, é necessário compreender que democracia deliberativa não propugna por uma jurisdição constitucional ativista ou autocontida. Perante as

¹¹⁶⁶ Idem, p. 59.

¹¹⁶⁷ **Teoría y Crítica del Derecho Constitucional...**, p. 168.

¹¹⁶⁸ Idem, Ibidem.

condições procedimentais, não há dúvidas de que a jurisdição deve intervir de forma intransigente para garantir que o respeito ao procedimento democrático e a abertura dos canais de comunicação com a esfera pública, ou seja, deve preservar as condições para que os cidadãos exerçam sua autonomia pública de forma livre e igual. Da mesma forma, diante das liberdades fundamentais que constituem a autonomia privada do indivíduo, a jurisdição constitucional não deve hesitar em intervir. Todavia, deve ser cautelosa e contida quando estiverem em jogo questões que se referem a políticas públicas, mas que são ao mesmo tempo condições para a democracia, tal como se passa com a concretização do direitos sociais. Nesses casos, a jurisdição constitucional deve ser cautelosa para não substituir a decisão democrática, agindo apenas na medida necessária para fomentar que sua formação se dê sobre bases legítimas.

Finalmente, é imprescindível observar que a jurisdição constitucional comprometida com a democracia deliberativa, que reconstrói as normas constitucionais com o objetivo de fortalecer as condições procedimentais e substantivas do debate público, está profundamente marcada pela tensão entre constitucionalismo e democracia. Assim como se passou no paradigma do Estado Liberal e do Estado Social, a jurisdição constitucional do Estado Democrático (Deliberativo) de Direito continua invalidando as decisões democráticas, isto é, a lógica da jurisdição constitucional permanece a mesma: tem-se uma pequena elite com autoridade para rechaçar as decisões democráticas em nome da preservação da Constituição.

Agora, a diferença é que se procura fazer dessa tensão entre *democracia* e *constituição* uma tensão produtiva, uma vez que ao declarar inconstitucional uma ação ou omissão do Poder Público o objetivo da jurisdição é aperfeiçoar os cânones democráticos, instaurando um debate mais qualificado no seio da sociedade, livre de censuras e desigualdades. Portanto, a tensão entre *democracia* e *constituição* que se materializa nas decisões judiciais legitima-se porque busca a proteção não só da Constituição, mas a proteção da democracia deliberativa, de uma democracia capaz de reconstruir a Constituição permanentemente, mantendo a sua base de legitimidade e afastando o conflito entre as gerações.

3.3 A abertura da jurisdição constitucional brasileira à esfera democrático-deliberativa

Ao defender uma concepção de Constituição *como uma norma aberta em constante reconstrução*, reconhece-se que o direito constitucional está se inventando e reinventando a todo instante. Essa transformação se dá especialmente pela interpretação da Constituição levada a cabo pela jurisdição constitucional. Todavia, em uma democracia deliberativa, em que só são legítimas as decisões discutidas e decididas pela esfera democrática em todos são livres e iguais, entende-se que a preservação da legitimidade democrática da Constituição ao longo do tempo depende de que sua reconstrução seja feita mediante uma *interpretação pública*.

Por isso, se é verdadeira a afirmativa que no Estado Democrático de Direito brasileiro, a última palavra sobre a Constituição cabe ao Supremo Tribunal Federal (STF), também é verdadeira a afirmativa de que o STF não detém o monopólio sobre a interpretação constitucional. A democracia deliberativa exige que a interpretação *pública* da Constituição seja feita por uma *sociedade aberta dos intérpretes da Constituição*, tal como a preconizada por Peter Häberle, uma vez que a reconstrução da Constituição em uma democracia deliberativa só se justifica discursivamente, isto é, pela força do diálogo público¹¹⁶⁹. Nesse sentido, Marcelo Cattoni adverte que “O Supremo Tribunal Federal não pode, sob desculpa de querer guardar a Constituição, privatizar a Constituição. Não se pode afastar a cidadania, nem do seu momento de criação nem do seu processo de interpretação. Afinal, somos todos intérpretes da Constituição.”¹¹⁷⁰

Portanto, a preservação da legitimidade democrática da Constituição como uma *norma aberta em permanente reconstrução* requer um processo interpretativo ampliado, em que a jurisdição constitucional abra suas portas para a promoção de uma interpretação plural, em que todos possam debater e discutir sobre as transformações constitucionais através de um forte diálogo público norteado pelos valores republicanos e democráticos. Apenas a participação democrática na

¹¹⁶⁹ SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. **Teoria da Constituição e Democracia Deliberativa...**, p. 215.

¹¹⁷⁰ CATTONI, Marcelo. **O Projeto Constituinte de um Estado Democrático de Direito...**, p. 12-13.

interpretação da Constituição é capaz de gerar uma sintonia entre a norma e a realidade constitucional¹¹⁷¹, garantindo que a reconstrução do direito mantenha a sua base de legitimidade. Compartilhando essas premissas Conrado Hübner Mendes, lembra que “Não há rituais que garantam a boa decisão. Nem ciência para isso. Assegurar decisões corretas, especialmente diante de um desacordo moral evidente e desejável em sociedades pluralistas, está além dos limites da engenharia política. Podem-se criar instituições que tendem a levar a uma decisão coletiva mais deliberativa. Não à correta, nem à justa.”¹¹⁷²

Por essa razão, a jurisdição constitucional só assume um compromisso verdadeiro com a democracia deliberativa quando também incorpora os seus ditames em sua atuação, reconstruindo a Constituição através de uma *interpretação pública* feita em cooperação com a *sociedade aberta dos intérpretes da Constituição* em um ambiente livre e igual. Nesse sentido, Daniel Sarmento, defende que a interpretação constitucional deve ser guiada por uma razão dialógica, e não uma razão monológica, isto é, restrita ao pensamento do intérprete oficial¹¹⁷³. Na mesma linha, Roberto Gargarella explica que a reflexão individual dos juízes não está mais apta a garantir decisões imparciais do que a reflexão coletiva, pelo contrário, a ausência de participação da coletividade nas decisões pode afetar sua imparcialidade, uma vez que pontos de vista e argumentações relevantes podem escapar da esfera de raciocínio do juiz. Por isso, Gargarella defende que é justamente nas questões constitucionais que se faz necessário o diálogo entre a cidadania e os juízes, os quais não podem se recolher para decidir com fundamento em uma espécie de elitismo epistemológico¹¹⁷⁴.

¹¹⁷¹ COELHO, Inocêncio Martins. As ideias de Peter Häberle e a abertura da interpretação constitucional no direito brasileiro. In: **Revista de Informação Legislativa**. nº. 137, Ano 35, jan.mar/1998, p. 159. Disponível em: http://www.senado.gov.br/web/cegraf/ri/Pdf/pdf_137/r137-16.pdf. Acesso em: 10.jul.2009.

¹¹⁷² MENDES, Conrado Hübner. **Controle de Constitucionalidade e Democracia...**, p. 192.

¹¹⁷³ Nesse sentido complementa o autor: “... uma coisa é indiscutível: o resultado que emergir da busca racional e dialógica da resposta correta para uma controvérsia jurídica qualquer não só tenderá a ser o melhor e mais justo do que aquele que seria obtido através do exercício do mero decisionismo do intérprete, como também está ungido de uma legitimidade muito maior.”(SARMENTO, Daniel. *Ubiquidade constitucional...*, 115).

¹¹⁷⁴ GARGARELLA, Roberto. La dificultad de defender el control judicial de las leyes. In: **DOXA. Revista de Teoría y Filosofía del Derecho**, nº. 06. 1997, p. 65-67. Disponível em: <http://www.cervantesvirtual.com/porta/DOXA/isonomia.shtml>. Acesso em: 09.ago.2009.

É preciso ressaltar, entretanto, que a ideia de abertura da jurisdição constitucional e da construção de uma esfera pública democrática em seu seio pode encontrar resistências dentro do pensamento dos autores que foram tomados como marco teórico deste trabalho, especialmente, Dworkin e Habermas.

Dworkin, por exemplo, apesar de não se opor explicitamente à abertura da jurisdição constitucional, argumenta que, em regra, os juízes estão atentos à opinião pública, já que procuram conhecer o impacto de suas decisões e adaptá-las às ideias predominantes na sociedade. Desse modo, Dworkin parece dispensar um diálogo direto entre a jurisdição constitucional e a sociedade, satisfazendo-se com um diálogo tácito. No entanto, como observa Gargarella, esse modelo de conexão entre a jurisdição constitucional e a sociedade não configura um diálogo público, pois apenas os juízes podem ouvir a opinião pública, a qual não tem a chance de se manifestar formalmente, provocando uma desigualdade entre as partes envolvidas no 'diálogo', o qual fica à mercê da boa vontade do juiz¹¹⁷⁵.

Já Habermas, ao assimilar as noções de discurso de *fundamentação* e de *aplicação* de Klaus Günther, entende que no âmbito da jurisdição constitucional somente os discursos de *aplicação* podem ser proferidos. A promoção de um discurso de fundamentação no âmbito da jurisdição constitucional seria absolutamente ilegítimo, pois a sua tarefa é simplesmente aplicar o direito de modo a proteger as condições procedimentais necessárias para a sua gênese democrática, isto é, de proteger as condições procedimentais para um discurso de fundamentação. A jurisdição constitucional não possui legitimidade democrática para a realização de discursos de fundamentação e, por isso, a sua abertura e o seu diálogo com a sociedade civil devem ser limitados¹¹⁷⁶.

No entanto, se por um lado Habermas rechaça debates democráticos no âmbito da jurisdição constitucional, em virtude da sua ausência de legitimidade para promover discursos de fundamentação, por outro, pode-se afirmar que Habermas está de acordo com a ideia de que a legitimidade de uma *Constituição em permanente reconstrução* só está assegurada quando todos os cidadãos tiverem a

¹¹⁷⁵ GARGARELLA, Roberto. Idem, Ibidem.

¹¹⁷⁶ José Aderico Leite Sampaio explica que "A soberania popular se vincula diretamente aos discursos de justificação e indiretamente aos de aplicação, o que importa maior atividade da esfera pública naqueles e não nesses, denunciando, talvez, os motivos por que Habermas não tenha explorado, como seria de esperar, iniciativas como as de Härbele a respeito do *status activus processualis*." (Habermas entre Amigos e Críticos. Prolegômenos para uma Esfera Pública Judicial Militante..., p. 321)

oportunidade de participarem em condições de igualdade e liberdade da *interpretação pública* que resultará em um direito constitucional remodelado. Em outras palavras, se para Habermas somente o direito que possui uma gênese democrática é legítimo, e se a jurisdição constitucional está constantemente reconstruindo o direito, é preciso que esse processo seja acompanhado pelos cidadãos, de modo que esses sejam partícipes da sua reconstrução; isto é, que sejam autores da reconstrução da Constituição – única via, de acordo com Habermas, de assegurar a sua legitimidade. Portanto, a abertura da jurisdição constitucional e o seu diálogo com a esfera pública é o único caminho para a manutenção da gênese democrática do direito.

Partindo desse pressuposto, o primeiro passo para a construção de uma jurisdição constitucional *deliberativa* é ampliação do número de intérpretes da Constituição – requisito fundamental para integrar a realidade ao processo de interpretação e para reconstrução da norma constitucional pelas mãos das forças sociais. A ampliação do número de intérpretes da Constituição é uma consequência natural de um Estado Democrático, pois, como ensina Häberle, não se pode esquecer que todo aquele que “... vive a norma acaba por interpretá-la ou pelo menos co-interpretá-la...”¹¹⁷⁷, por isso, a “... interpretação constitucional não é ‘um evento exclusivamente estatal’, seja do ponto de vista teórico seja do ponto de vista prático’...”¹¹⁷⁸. As instituições públicas e privadas, assim como a sociedade civil, são intérpretes da Constituição em sentido *lato*, persistindo a responsabilidade da jurisdição constitucional como último intérprete¹¹⁷⁹. Assim, ao processo público de interpretação/reconstrução da Constituição estão vinculados todos os agentes sociais e estatais, não havendo um rol *numerus clausus* de intérpretes da Constituição¹¹⁸⁰⁻¹¹⁸¹.

¹¹⁷⁷ HÄBERLE, Peter. **Hermenêutica Constitucional...**, p. 13.

¹¹⁷⁸ HÄBERLE, Peter. *Idem*, p. 23.

¹¹⁷⁹ HÄBERLE, Peter. *Idem*, p. 14.

¹¹⁸⁰ HÄBERLE, Peter. *Idem*, p. 13.

¹¹⁸¹ Inocêncio Martins Coelho lembra que “a ampliação do número de tradutores constitucionais autorizados, ao mesmo tempo em que promove a integração das diferentes perspectivas hermenêuticas, opera como instrumento de prevenção e solução de conflitos. Noutras palavras, à medida que asseguram o dissenso hermenêutico e racionalizam as divergências da interpretação em torno da Constituição, ideia como as de Häberle colaboram decisivamente para preservar a unidade política e manter a *ordem jurídica*, que são objetivos fundamentais de toda a Constituição.” (As ideias de Peter Häberle e a abertura da interpretação constitucional no direito brasileiro..., p. 158).

É preciso advertir, contudo, que a abertura do círculo de intérpretes da Constituição não significa a defesa de um subjetivismo interpretativo. A Constituição é sempre o ponto de partida de qualquer interpretação. A abertura constitucional busca apenas garantir a participação da sociedade na reconstrução da Constituição. Por esse motivo, recomenda-se que as Cortes mantenham-se em um “equilíbrio instável”, não podem seguir fielmente a vontade majoritária, mas também não podem ignorá-la por completo; devem, na medida do possível, contar com o respaldo da opinião pública no processo de reconstrução da Constituição¹¹⁸². Por isso, quanto mais aberta melhor.

No entanto, além do reconhecimento de que todos são intérpretes da Constituição, a democratização da jurisdição constitucional depende da existência de canais de acesso democráticos à esfera jurisdicional, ou seja, é preciso que haja uma ponte entre a esfera pública não institucionalizada e a esfera pública jurisdicional. Em regra, essa ponte é feita por mecanismos processuais que oportunizam a participação do cidadão nas discussões travadas pela jurisdição constitucional, ou seja, mecanismos processuais que conferem ao cidadão o *status activus processualis* propugnado por Häberle – dimensão da cidadania que se afirma através da participação no processo¹¹⁸³. Como bem destaca Cittadino, “... não há outra forma de viabilizar essa participação jurídico-política senão através da criação, pelo próprio ordenamento constitucional, de uma série de instrumentos processuais-procedimentais que, utilizados pelo círculo de intérpretes da constituição, possa vir a garantir a efetividade dos direitos fundamentais.”¹¹⁸⁴

Portanto, se o processo constitucional é o principal canal de comunicação entre a sociedade e a jurisdição constitucional, é essencial que ofereça instrumentos que abram a jurisdição e oportunizem a participação de todos na interpretação oficial da Constituição, a qual resultará numa decisão que a reconstruirá. Nesse sentido, Häberle alerta que uma interpretação aberta da Constituição, em que todos os sujeitos componentes da sociedade possam participar da reconstrução da

¹¹⁸² COELHO, Inocêncio Martins. As ideias de Peter Häberle e a abertura da interpretação constitucional no direito brasileiro..., p. 159. Nessa linha, José Adércio Leite Sampaio ensina que uma decisão demanda uma fundamentação interna “de coerência discursiva, guardando pertinência com o direito vigente, de modo a reforçar a *certeza* do Direito” e uma fundamentação externa, “apta a aceitabilidade dos co-associados, sobretudo se passar em um teste de transcendência do caso concreto.” (**A Constituição Reinventada pela Jurisdição Constitucional...**, p. 92).

¹¹⁸³ HÄBERLE, Peter. **Hermenêutica Constitucional...**, p 14.

¹¹⁸⁴ **Pluralismo, Direito e Justiça Distributiva...**, p.19-20.

Constituição depende de um processo constitucional adequado para tais fins. De acordo com Härbele,

“Os instrumentos de informação dos juízes constitucionais – não apesar, mas em razão da própria vinculação à lei – devem ser ampliados e aperfeiçoados, especialmente no que se refere as formas gradativas de participação e a própria possibilidade de participação no processo constitucional (especialmente nas audiências e nas intervenções). Devem ser desenvolvidas novas formas de participação das potências públicas pluraristas enquanto intérpretes em sentido amplo da Constituição. O direito processual constitucional torna-se parte do direito de participação democrática. A interpretação realizada pelos juízes pode-se tornar, correspondentemente, mais elástica e ampliativa sem que se deva ou possa chegar a uma identidade de posições com a interpretação do legislador. Igualmente flexível há de ser a aplicação do direito processual constitucional pela Corte Constitucional, tendo em vista a questão jurídico-material e as partes materialmente afetadas (*atingidos*). A íntima relação contextual existente entre a Constituição material e direito constitucional faz-se evidente também aqui. Indubitavelmente, a expansão da atividade jurisdicional da Corte Constitucional significa uma restrição do espaço de interpretação do legislador. **Em resumo, uma ótima conformação legislativa e o refinamento interpretativo do direito constitucional processual constituem condições básicas para assegurar a pretendida legitimação da jurisdição constitucional no contexto de uma teoria da Democracia.**” (*grifou-se*)¹¹⁸⁵

Conforme ensina Clèmerson Merlin Clève, a compreensão da importância dos mecanismos disponibilizados pelo processo constitucional para legitimação da jurisdição constitucional através da democracia deliberativa tem como ponto de partida um novo direito constitucional. Um direito constitucional que se realiza através de práticas democráticas que alcançam, em especial, o debate público. Trata-se de um Direito Constitucional que, sem deixar de delimitar o papel fundamental do Estado na realização dos direitos fundamentais, reconhece a importância da participação da sociedade, formada por cidadãos livres e capazes de participar dos debates produzidos no âmbito constitucional. Nas palavras do autor, trata-se de um Direito Constitucional que

“... não tolera o comprometimento com a fórmula constitucional do Estado como poderes divididos decorrentes do eventual monopólio do acesso à verdade constitucional por este ou por aquele poder. Trata-se, repita-se, de outro direito constitucional. Que se afirma, a um tempo entre substância listas e procedimentalistas ou entre aqueles que, como nós entende que a materialidade constitucional não repele, ao contrário, exige a consideração das consequências da processualidade e dos importantes aportes do procedimentalismo.”¹¹⁸⁶

¹¹⁸⁵ HÄRBERLE, Peter. **Hermenêutica Constitucional**..., p. 46- 49.

¹¹⁸⁶ Direito Constitucional, Novos Paradigmas, Constituição Global e Processo de Integração, in: **Constituição e Democracia – Estudos em homenagem à Paulo Bonavides**, Francisco Gérson Marques de Lima e Fayaga Silveira Bedê (org.). São Paulo: Malheiros, 2006, p. 40-41.

Portanto, em uma *sociedade aberta dos intérpretes da Constituição*, a jurisdição constitucional comunica-se com a esfera *democrática-deliberativa* para interpretação/reconstrução da Constituição principalmente através dos aportes do processo constitucional, o que não significa a defesa de uma jurisdição constitucional procedimentalista.

Assim, o objetivo dos próximos dois itens é verificar em que medida os institutos processuais empregados pela jurisdição constitucional brasileira promovem um verdadeiro diálogo entre sociedade civil e jurisdição constitucional. Anote-se que não se tem a intenção de fazer uma revisão de todos os instrumentos processuais com que a jurisdição constitucional trabalha e tampouco realizar um estudo acerca do regime jurídico desses instrumentos. O objetivo é apenas destacar como os institutos processuais do controle de constitucionalidade têm colaborado para a abertura da jurisdição constitucional à esfera democrático-deliberativa ou, ao contrário, têm fechado a jurisdição constitucional, reservando a interpretação da Constituição a uma pequena elite.

Enfim, as próximas linhas destinam-se a investigar em que medida a jurisdição constitucional está aberta ou fechada à esfera democrático-deliberativa; em que medida o processo constitucional viabiliza a construção de uma *sociedade aberta dos intérpretes da Constituição* e garante a sua *reconstrução* democrática.

3.3.1 O fechamento e a abertura do controle de constitucionalidade abstrato e concentrado

Embora desde a Constituição de 1934 o controle de constitucionalidade abstrato e concentrado esteja presente no sistema de controle de constitucionalidade brasileiro através da Ação Interventiva, é EC nº. 15/65 considerada o grande marco da inserção dessa modalidade de controle de constitucionalidade no Brasil. O novo modelo foi muito comemorado por conferir maior agilidade e eficiência para o controle de constitucionalidade das leis, contudo, foi muito criticado por possuir apenas um legitimado para ingressar com a Ação Direta de Inconstitucionalidade: o Procurador Geral da República.

Na Constituição de 1988 o controle de constitucionalidade abstrato e

concentrado foi inserido com grande prestígio. No entanto, uma de suas principais características continuou a ser a definição dos legitimados para discutir a constitucionalidade das leis através de um rol fechado apresentado no art. 103 da Constituição. Embora tal rol oportunize a participação de diversas entidades na interpretação da Constituição¹¹⁸⁷, avançando significativamente em relação ao regime anterior, o fato é que ele caracteriza uma sociedade *fechada* dos intérpretes da Constituição, dificultando que a reconstrução constitucional se dê através de um processo público de interpretação.

Porém, a partir da promulgação das Leis nºs. 9.868/99 e 9.882/99 o controle de constitucionalidade abstrato e concentrado começa uma transformação radical, que vai do fechamento à abertura da interpretação constitucional através da disponibilização de canais de diálogo com a esfera pública democrática. Institutos processuais como o *amicus curiae* e as audiências públicas, previstos pelas referidas leis, têm contribuindo de forma progressiva para que o cidadão deixe de ser um mero espectador dos trabalhos da jurisdição constitucional e seja construída uma *sociedade aberta dos intérpretes da Constituição*, na qual interpretação/reconstrução da norma constitucional é feita mediante um processo dialógico e cooperativo travado entre a jurisdição constitucional e sociedade civil, exatamente como deseja uma democracia deliberativa. Assim, algumas observações sobre esses institutos merecem ser feitas.

O *amicus curiae*¹¹⁸⁸ é um instituto de origem norte-americana inspirado no chamado *Brandies-Brief*, uma espécie de memorial apresentado pela primeira vez

¹¹⁸⁷ “A outorga do direito de propositura a diferentes organizações e partidos políticos não permite precisar o número exato de entes e órgãos autorizados a instaurar o controle abstrato. Segundo estimativas idôneas, pode-se afirmar que o novo sistema reconhece a legitimidade de mais de 100 entes ou órgãos para a instauração do controle abstrato de normas.” (MARTINS, Ives Gandra; MENDES, Gilmar Ferreira. **Controle de Constitucionalidade. Comentários à lei 9.869/99**. 2ª. ed. São Paulo: Saraiva, 2007, 139).

¹¹⁸⁸ Gustavo Binenbojm apresenta a seguinte definição de *amicus curiae*: “*Amicus curiae* é o “amigo da Corte”, aquele que lhe presta informações sobre matéria de fato e de direito, objeto da controvérsia. Sua função é chamar a atenção dos julgadores para alguma matéria que poderia, de outra forma, escapar-lhe ao conhecimento. Um memorial de *amicus curiae* é produzido, assim, por quem não é parte no processo, com vistas a auxiliar a Corte para que esta possa proferir uma decisão acertada, ou com vistas a sustentar determinada tese jurídica em defesa de interesses públicos ou privados de terceiros, que serão indiretamente afetados pelo desfecho da questão. V. GIFIS, Steven H. *Law dictionary*. Barron’s Educational Series, Inc., 1975. p. 11-12:” (A dimensão do *amicus curiae* no processo constitucional brasileiro: requisitos, poderes processuais e aplicabilidade no âmbito estadual. **Revista Eletrônica de Direito do Estado** nº. 01, jan./fev./mar., 2005, p. 03. Disponível em: <http://www.direitodoestado.com/revista/REDE-1-JANEIRO-2005-GUSTAVO%20BINENBOJM.pdf>. Acesso em: 01.out. 2008).

nos Estados Unidos pelo advogado Louis D. Brandeis no caso *Müller vs. Oregon* em 1908¹¹⁸⁹⁻¹¹⁹⁰. No controle de constitucionalidade brasileiro, o *amicus curiae* foi admitido pelo art. 7º, § 2º. da Lei nº. 9.868/99 e pelo art. 6º, § 2º. da Lei nº. 9.882/99¹¹⁹¹, excepcionando a regra de que no controle de constitucionalidade concentrado e abstrato não se admite a intervenção de terceiros de qualquer espécie, uma vez que inexiste na causa um interesse jurídico subjetivo que enseje tal intervenção¹¹⁹².

A autorização para a participação do *amicus curiae*, no entanto, não é uma contradição, na medida em que indica que a questão discutida possui um interesse generalizado que transcende qualquer interesse subjetivo¹¹⁹³. Assim, Inocêncio Martins Coelho ressalta que o *amicus curiae* “... não apenas reitera a impessoalidade da *questão constitucional*, como também evidência que o deslinde desse tipo de controvérsia interessa *objetivamente* a todos os indivíduos e grupos

¹¹⁸⁹ Atualmente, no âmbito da Suprema Corte norte-americana, a intervenção do *amicus curiae* é prevista na *Rule 37* do Regimento Interno da Corte – Brief for an *Amicus curiae*. Conforme destaca Edgard Silveira Bueno Filho, a importância da figura do *amicus curiae* no controle de constitucionalidade norte-americano pode ser atestado pela repercussão provocada em um caso envolvendo a Universidade de Michigan em 2003, quando de mais de 150 *amici curiae* (dentre ONGs, empresas públicas e privadas, cotadas como as 500 maiores dos EUA pela revista Forbe, e as mais conceituadas Universidades) apresentaram suas manifestações sobre o processo. (Amicus Curie: A democratização do debate nos processos de controle de constitucionalidade. Disponível em: http://www.direitopublico.com.br/form_revista.asp?busca=amicus. Acesso em 01.out. 2008).

¹¹⁹⁰ Além dos EUA, a utilização do *amicus curiae* é freqüente nos direito internacional, especialmente na defesa de direitos humanos nas Cortes regionais como a Corte Europeia e a Interamericana de direitos humanos (COURTIS, Chistian; ORLANDO, Federico. Sobre el *Amicus curiae*. In: **Teoría y Crítica del Derecho Constitucional**. GARGARELLA, Roberto. (coord). Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 2008, p. 323).

¹¹⁹¹ A figura do *amicus curiae* já podia ser encontrada no ordenamento jurídico brasileiro desde 1976, quando a Lei 6.385 trouxe em seu art. 31 a previsão de sua intervenção em processos que discutissem questões de direito societário perante a Comissão de Valore Mobiliários. Vale destacar ainda que o próprio STF já permitia a juntada de memoriais elaborados por *amicus curiae* em ADIs antes mesmo da edição da Lei nº. 9.868/99, quando o *amicus curiae* era qualificado como colaborador informal: “O processo de controle normativo abstrato instaurado perante o Supremo Tribunal Federal não admite a intervenção assistencial de terceiros. Precedentes. Simples juntada, por linha, de peças documentais apresentadas por órgão estatal que, sem integrar a relação processual, agiu, em sede de ação direta de inconstitucionalidade, como colaborador informal da Corte (*amicus curiae*): situação que não configura, tecnicamente, hipótese de intervenção ad coadjuvandum.” (ADI 748 AgR, Relator Min. Celso De Mello, julgado em 01/08/1994) .

¹¹⁹² Tal entendimento encontra fundamento no art. 169, § 2º do RISTF e no *caput* do art. 7º da Lei nº 9.868/99. A excepcionalidade da intervenção de terceiros em processos objetivos levou Cássio Scarpinella Bueno a qualificar o *amicus curiae* como uma “figura enigmática do processo”, que intervém no processo por convocação judicial ou por livre iniciativa para colaborar com informações e pontos de vista que podem ser relevantes para a decisão. (BUENO, Cássio Scarpinella. **Amicus curiae no processo civil brasileiro: um terceiro enigmático**. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 125)

¹¹⁹³ MARTINS; MENDES. **Controle de Constitucionalidade. Comentários à lei 9.869/99**..., p. 281.

sociais, até porque ao *esclarecer* o sentido da Carta Política, as Cortes Constitucionais, de certa maneira, acabam *reescrevendo* as constituições.”¹¹⁹⁴

De acordo com o art. 7º, § 2º. da Lei n.º 9.868/99 será possível a manifestação, na qualidade de *amicus curiae*, de indivíduos e grupos sociais, além dos órgãos e entidades formalmente legitimados para a propositura da ADI que tiverem interesse na causa e sempre que a decisão do STF puder afetar seus interesses. O instituto tem como função de tornar os debates acerca da constitucionalidade das leis mais amplos, abertos e democráticos, sendo um exemplo por excelência de um mecanismo da *sociedade aberta dos intérpretes da Constituição*. Nesse sentido, Gustavo Binbenbom explica que o objetivo do *amicus curiae* é:

“... *pluralizar o debate* constitucional, permitindo que o Tribunal venha a tomar conhecimento, sempre que julgar relevante, dos elementos informativos e das razões constitucionais daqueles que, embora não tenham legitimidade para deflagrar o processo, serão destinatários diretos ou mediatos da decisão a ser proferida. Visa-se, ademais, a alcançar um patamar mais elevado de legitimidade nas deliberações do Tribunal Constitucional, que passará formalmente a ter o dever de apreciar e dar a devida consideração às interpretações constitucionais que emanam dos diversos setores da sociedade.”¹¹⁹⁵

No mesmo sentido, a jurisprudência do STF vem afirmando que:

“A intervenção de terceiros no processo da ação direta de inconstitucionalidade é regra excepcional prevista no art. 7º, § 2º, da Lei 9.868/1999, que visa a permitir ‘que terceiros — desde que investidos de representatividade adequada — possam ser admitidos na relação processual, para efeito de manifestação sobre a questão de direito subjacente à própria controvérsia constitucional. A admissão de terceiro, na condição de *amicus curiae*, no processo objetivo de controle normativo abstrato, qualifica-se como fator de legitimação social das decisões da Suprema Corte, enquanto Tribunal Constitucional, pois viabiliza, em obséquio ao postulado democrático, a abertura do processo de fiscalização concentrada de constitucionalidade, em ordem a permitir que nele se realize, sempre sob uma perspectiva eminentemente pluralística, a possibilidade de participação formal de entidades e de instituições que efetivamente representem os interesses gerais da coletividade ou que expressem os valores essenciais e relevantes de grupos, classes ou estratos sociais. Em suma: a regra inscrita no art. 7º, § 2º, da Lei n. 9.868/99 — que contém a base normativa legitimadora da intervenção processual do *amicus curiae* — tem por precípua finalidade pluralizar o debate constitucional.’ (ADI 2.130-MC, rel. min. Celso de Mello, DJ 2-2-2001). Vê-se, portanto, que a admissão de terceiros na qualidade de *amicus curiae* traz ínsita a necessidade de que o interessado pluralize o debate constitucional, apresentando informações, documentos ou quaisquer elementos importantes para o julgamento da ação

¹¹⁹⁴ As idéias de Peter Häberle e a abertura da interpretação constitucional no direito brasileiro..., p. 163.

¹¹⁹⁵ BINENBOJM, Gustavo. A dimensão do Amicus curiae no processo constitucional brasileiro: Requisitos, poderes processuais e aplicabilidade no âmbito estadual..., p. 04.

direta de inconstitucionalidade." (ADI 3.921, Rel. Min. Joaquim Barbosa, decisão monocrática, julgamento em 24-10-07, DJ de 31-10-07)¹¹⁹⁶

Admissão do *amicus curiae* compete ao relator, que, de acordo com o disposto no § 2º. do art. 7º. da Lei 9.868/99, deverá analisar a relevância da matéria em discussão, considerando inclusive a extensão dos efeitos da decisão a ser proferida, e a representatividade dos requerentes – requisito no qual a jurisprudência do STF tem incluído a exigência de pertinência temática¹¹⁹⁷. Portanto, somente se presente *relevância e representatividade* é que poderá o relator deferir o pedido de intervenção na qualidade de *amicus curiae*.

A utilização do *amicus curiae* tem sido intensa no STF, podendo-se observar, inclusive, a flexibilização da jurisprudência quanto aos requisitos procedimentais estabelecidos para sua intervenção no processo. Logo após a edição da Lei nº. 9.868/99, o *amicus curiae* estava autorizado a intervir apenas através de memoriais¹¹⁹⁸. Em seguida, no julgamento das QO-ADIs 2675/PE e 2777/SP permitiu-se que o *amicus curiae* realizasse também sustentações orais¹¹⁹⁹. Ainda, em virtude da relevância do caso concreto ou da notória contribuição que a manifestação possa trazer para o julgamento, já se admitiu a possibilidade de o *amicus curiae* ingressar no processo após o término do prazo processual para a entrega de informações¹²⁰⁰, após a inclusão do processo na pauta de julgamento¹²⁰¹ e até mesmo após o início do julgamento, quando lhe será concedido o direito de

¹¹⁹⁶ Entendimento neste mesmo sentido já foi apresentado pela Corte em diversos julgados, destacando-se entre eles as seguintes ADIs: 2.130-3-SC, 2.675/PE, 2.777-8-SP e 3.045- DF, todas de Relatoria do Min. Celso de Mello.

¹¹⁹⁷ “A pertinência temática também é requisito para a admissão de *amicus curiae* e a Requerente não o preenche. Reduzir a pertinência temática ao que disposto no estatuto das entidades sem considerar a sua natureza jurídica colocaria o Supremo Tribunal Federal na condição submissa de ter que admitir sempre qualquer entidade em qualquer ação de controle abstrato de normas como *amicus curiae*, bastando que esteja incluído em seu estatuto a finalidade de defender a Constituição da República.” (ADI nº. 3.931, Relatora Ministra Cármen Lúcia. Decisão Monocrática. Julgado em 6.ago.08).

¹¹⁹⁸ ADI nº. 2223/DF. Relator Ministro Mauricio Correa. Julgado em 10.out.2002.

¹¹⁹⁹ Sobre a importância da manifestação oral, Peter Häberle destaca que “os juizes orais podem trazer consigo uma série de detalhes sobre o processo, ainda não imaginados, inclusive pelo próprio Tribunal Constitucional.” (**Nueve Ensayos Constitucionales y Una Lección Jubilar**. Tradução: Mariela Trujillo. Lima: Asociación Peruana de Derecho Constitucional, p. 45).

¹²⁰⁰ ADI nº. 3.474. Relator Ministro Cezar Peluso. Julgado em 19.out.2005; ADI nº. 2690/RN, Relator Ministro Gilmar Mendes. Julgado em 07.jun.2006 e ADI nº. 2548/PR. Ministro Relator Gilmar Mendes. Julgado em 10.out.2006.

¹²⁰¹ ADI nº. 2.548, Relator Ministro Gilmar Mendes. Julgado em 24.out.2005.

realizar sustentação oral logo depois da leitura do relatório, na forma prevista no art. 131, § 3º do Regimento Interno do STF¹²⁰².

Em uma *sociedade aberta dos intérpretes da Constituição* em que a interpretação/reconstrução das normas constitucionais deve se dar através de uma ampla discussão cooperativa entre a jurisdição constitucional, a esfera pública institucionalizada e a sociedade civil, o *amicus curiae* é um instituto que possui altíssima relevância, pois exerce uma função *integradora, informativa e legitimadora*, servindo como uma verdadeira *garantia institucional* do cidadão.

O *amicus curiae* é um instrumento de *integração* entre a jurisdição constitucional, os Poderes Públicos e a sociedade, funcionando como um canal de abertura para a participação democrática. Mais ainda, a integração social propiciada pelo *amicus curiae* indica a possibilidade de se ter uma compreensão ampliada da democracia, uma compreensão verdadeiramente deliberativa, que vai além da representação na esfera legislativa e executiva, gerando no seio da própria jurisdição constitucional um rico debate constitucional; respeitando, logicamente, os limites do Estado de Direito.

Como todo instrumento típico de uma democracia deliberativa, o *amicus curiae* também exerce uma função *informativa*, pois, na medida em que integra jurisdição constitucional e sociedade, apresenta à jurisdição constitucional novas perspectivas sobre Constituição. O *amicus curiae* traz à jurisdição constitucional informações e opiniões que podem auxiliar na construção de uma decisão sólida, identificando as posições dos grupos interessados e apresentando todas as variáveis que devem ser incluídas na reflexão judicial na ocasião da decisão¹²⁰³.

Nesse sentido, Gilmar Mendes, explica que “... ao ter acesso a essa pluralidade de visões em permanente diálogo, o Supremo Tribunal Federal passa a contar com os benefícios decorrentes dos subsídios técnicos, em aplicações político-jurídicas e elementos de repercussão econômica”¹²⁰⁴. Portanto, o *amicus curiae* traz para a jurisdição constitucional novos argumentos e alternativas interpretativas que

¹²⁰² ADI n.º 2.777-QO, Relator Ministro Cezar Peluso. Aguardan Julgado em 27.nov.2003; ADI n.º 1.923, Relator para Acórdão Ministro. Min. Eros Grau. Decisão proferida pela Min. Ellen Gracie no exercício da Presidência em 1.ago.2007.

¹²⁰³ COURTIS, Chistian; ORLANDO, Federico. Sobre el *Amicus curiae*..., p. 322.

¹²⁰⁴ MENDES, Gilmar Ferreira; VALE, André Rufino do. O pensamento de Peter Häberle na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. In: **Observatório da Jurisdição Constitucional**. Ano 2, 2008/2009, p. 08. Disponível em: <http://www.portaldeperiodicos.idp.edu.br/index.php/observatorio>. Acesso em: 12.10.2009.

resultam em uma interpretação/reconstrução da Constituição operada pela *sociedade aberta dos intérpretes* como um todo.

As funções *integrativa* e *informativa* levam ao fortalecimento da *legitimidade* das decisões proferidas pela jurisdição constitucional, já que em um contexto democrático-deliberativo a legitimidade das decisões públicas depende da participação de todos os cidadãos na esfera pública em que tiveram origem. Assim, ao aproximar o cidadão das questões discutidas pela jurisdição constitucional e ao viabilizar a sua participação efetiva, com informações e argumentos, o *amicus curiae* possibilita que os cidadãos exerçam sua autonomia pública e sintam-se co-autores da decisão constitucional. Essa perspectiva legitimadora do *amicus curiae* é ressaltada por Gustavo Binbenbom ao afirmar que “Ao menos em termos ideais, o cidadão é levado de sua condição de destinatário das normas jurídicas para atuar simultaneamente como intérprete da Constituição e das leis, com direito a ter sua opinião ouvida e devidamente considerada pelo Tribunal Constitucional.”¹²⁰⁵

Por esse prisma, pode-se compreender o *amicus curiae* como uma verdadeira *garantia institucional*¹²⁰⁶ do cidadão, uma garantia para participar da interpretação/reconstrução da Constituição, atuando na esfera pública jurisdicional de forma deliberativa. Por essa razão, é fundamental que a sociedade e os Poderes Públicos explorem cada vez mais o seu potencial para a expansão dos debates constitucionais e a estruturação da esfera pública democrática. Essa é a lição de André Pires Gotejo e Christine Oliveira Peter da Silva:

“... as potências públicas e pluralistas integrantes da sociedade aberta de intérpretes não devem apenas reivindicar a concretização da garantia institucional do *amicus curiae*, mas devem zelar pela preservação do instituto, atuando de forma combatida e opinativa nos assuntos de interesse público de toda a sociedade, pois o amigo da Corte (como instrumento legitimador das decisões do STF e em meio a uma garantia institucional em defesa do cidadão) representa nos dias atuais um ‘embrião’ contido na Lei 9.868/99, que pode florescer e se tornar um forte e saudável ‘fruto’ da sociedade aberta.”¹²⁰⁷

Essa observação, no entanto, não pode ser levada pela fantasia de que o *amicus curiae* é uma canal aberto à participação de todos os cidadãos brasileiros na

¹²⁰⁵ BINENBOJM, Gustavo, A dimensão do Amicus Curiae no processo constitucional brasileiro – Requisitos, poderes processuais e aplicabilidade no âmbito estadual..., p. 13.

¹²⁰⁶ GONTIJO, André Pires; SILVA, Christine Oliveira Peter da. O papel do *amicus curiae* no processo constitucional. In: Revista de Direito Internacional e Constitucional. São Paulo: Revista dos Tribunais. Ano 16, nº. 64, jul./set., 2008, p. 65.

¹²⁰⁷ GONTIJO, André Pires; SILVA, Christine Oliveira Peter da. O papel do *amicus curiae* no processo constitucional..., p. 84.

reconstrução da Constituição feita pela jurisdição constitucional. O *amicus curiae* ainda é uma instrumento para poucos, pois demanda não só o desenvolvimento de uma cultura de participação nos debates constitucionais, como também da disponibilização de recursos. Apresentar informações e argumentos ao STF depende da disposição de tempo, recursos humanos e financeiros. Nada, entretanto, que não possa ser superado com criatividade, cooperação social, fortalecimento dos movimentos sociais e o aprofundamento da cultura democrática na esfera jurisdicional.

Portanto, o *amicus curiae* integra a jurisdição constitucional, Poderes Públicos e sociedade civil; *informa* a jurisdição constitucional acerca das diferentes visões e argumentos que podem ser extraídos da Constituição; amplia a *legitimidade* de suas decisões e funciona como uma *garantia institucional* para o cidadão. Como afirma Gilmar Mendes, “Enfim, a admissão de *amicus curiae* confere ao processo constitucional um colorido diferenciado, emprestando-lhe caráter pluralista e aberto, fundamental para o reconhecimento de direitos e a realização de garantias constitucionais no Estado Democrático de Direito.”¹²⁰⁸

Mas, embora o *amicus curiae* represente um novo paradigma do processo constitucional, a quebra do dogma de que o controle de constitucionalidade é exercido de modo objetivo, como uma questão estritamente jurídica, independe de instrução processual, bastando apenas a aferição da harmonia entre o texto da lei e a Constituição, ficou consagrada pelo art. 9º. da Lei nº. 9.868/99 e 6º. da Lei nº. 9.882/99. O primeiro parágrafo de ambos os artigos autorizam o Ministro relator a requisitar informações complementares para o processo mediante a nomeação de peritos ou a realização de audiências públicas com a participação de especialistas no assunto. O § 2º. do art. 9º. autoriza o relator a solicitar informações sobre a aplicação/interpretação da lei em questão na jurisdição dos Tribunais Superiores, Federais e Estaduais. Assim, ficou assente que até mesmo no controle abstrato “... se aprecia a relação entre a lei e o problema que se lhe apresenta em face do parâmetro constitucional.”¹²⁰⁹⁻¹²¹⁰

¹²⁰⁸ MENDES, Gilmar Ferreira; VALE, André Rufino do. O pensamento de Peter Häberle na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal..., p. 08.

¹²⁰⁹ MENDES, Gilmar Ferreira. **Jurisdição Constitucional**, 5ª ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 248.

Todas essas possibilidades indicam a busca pela abertura da esfera jurisdicional através de um diálogo informativo que visa subsidiar os juízes com dados empíricos determinantes para a compreensão e a avaliação das consequências de suas decisões sobre a questão constitucional em pauta.

A oportunidade de convocar audiências públicas, especialmente, além de prover ao Tribunal subsídios fáticos para a decisão, exerce, tal como o *amicus curiae*, uma função *integrativa*, *informativa* e *legitimadora* que caracteriza a *sociedade aberta dos intérpretes da Constituição*. As audiências aproximam os magistrados e a sociedade através de um diálogo informativo e argumentativo que tem como um de seus benefícios o aumento a legitimidade democrática das decisões judiciais. Ao reunir a sociedade em um espaço público deliberativo, o Tribunal tem a chance de conhecer as diferentes perspectivas sobre a Constituição, que inevitavelmente acompanham a função informativa das audiências, e dá uma oportunidade concreta para que os cidadãos sejam co-autores da decisão constitucional.

Desse modo, pode-se afirmar que a realização de audiências públicas é, sem dúvida, uma prática típica do modelo democrático deliberativo, uma vez que abre a esfera pública para que o cidadão exerça em condições de igualdade e liberdade sua autonomia pública. Entretanto, é preciso ter claro que as audiências públicas realizadas na esfera jurisdicional possuem diferenças significativas em comparação com as audiências públicas promovidas pela esfera legislativa – a esfera democrática por excelência.

A primeira e mais marcante distinção recai sobre a natureza dos argumentos apresentados em cada uma das esferas públicas, a legislativa e a judicial. Enquanto na audiência convocada pelo Poder Legislativo a argumentação é livre e irrestrita, cabendo aos cidadãos debater e argumentar *politicamente* para a construção de um *discurso de fundamentação*, uma audiência convocada pelo Poder Judiciário tem os seus argumentos restringidos a questões de *princípio*, uma vez que a jurisdição constitucional, como bem adverte Dworkin, é o campo dos princípios e não das políticas, devendo, por essa razão, complementar Habermas, formular *discursos*

¹²¹⁰ Como destaca Sérgio Moro, “o recurso a dados empíricos não é algo estravagante na jurisdição constitucional, podem ser citados os exemplos de *Brown v. Board of Education*, no qual estudos psicológicos amparam a decisão da Suprema Corte de que segregação escolar inerentemente desigual, e também *Roe v. Wade*, no qual as construções da Corte tiveram por base dados e estatísticas médicas a respeito da gravidez.” (**Jurisdição Constitucional**..., p. 223).

de aplicação. Logicamente que durante o debate e as exposições podem aparecer argumentos de política, razão pela qual é preciso que os participantes esforcem-se para discutir a interpretação da Constituição com fundamento em princípios e que os juízes estejam atentos para realizar a filtragem dos argumentos deslocados.

Todavia, essa exigência não é facilmente cumprida, já que o afastamento das paixões e emoções, típicas dos procedimentos deliberativos, exige que os participantes traduzam as doutrinas abrangentes de que são adeptos à linguagem dos princípios, ou como bem esclarece Souza Neto, “... para a linguagem da democracia, dos direitos humanos e das teorias científicas incontroversas.”¹²¹¹. Assim, uma associação que representa um grupo religioso pode participar dos debates realizados na esfera jurisdicional, no entanto, deve estar apta a trazer os argumentos que reflitam as suas convicções vestidos da roupagem dos princípios jurídicos. Todavia, o cumprimento dessa exigência não significa que esses argumentos serão plenamente harmonizáveis; na esfera jurisdicional também há dissenso, porém, um debate fundado em princípios torna o “... conflito menos radical, e contribui para que a decisão não comprometa a predisposição para a cooperação democrática.”¹²¹²

Portanto, não se pode esperar que pelo simples fato de que a deliberação realizada na esfera jurisdicional ser guiada por princípios, uma solução unânime seja possível. Assim, por exemplo, discutir o aborto com argumentos de princípio certamente não levará a uma decisão constitucional unânime. As perspectivas interpretativas/*reconstrutiva* da Constituição terão um grande poder argumentativo tanto a favor quanto contra o aborto. Por essa razão, as audiências públicas realizadas na esfera jurisdicional não podem ser um segunda rodada dos debates já realizados na esfera legislativa. Não cabe a jurisdição constitucional retomar os argumentos de política e substituir o Poder Legislativo, por isso, é preciso muita atenção por parte do magistrado na seleção das questões que serão levadas à audiência pública e na seleção dos argumentos que de fato podem esclarecer a controvérsia e as consequências da decisão constitucional¹²¹³.

¹²¹¹ **Teoria da Constituição e Democracia Deliberativa...**, p. 187-188.

¹²¹² *Idem*, p. 189.

¹²¹³ A advertência é feita também por Gustavo Binbenbom: “... as audiências públicas e a consulta à jurisprudência dos Tribunais superiores, regionais federais e estaduais poderão servir como instrumentos que permitirão à Corte Constitucional *auscultar* as convicções e interpretações da

Enfim, a jurisdição constitucional deve conscientizar-se de que as audiências públicas realizadas na sua esfera não se destinam a rediscutir politicamente a decisão legislativa, sua função é trazer dados empíricos e uma variedade de interpretações sobre a Constituição que possam auxiliar a dimensionar as consequências da decisão e a optar por uma reconstrução da Constituição que mais se aproxime dos anseios democráticos, respeitados, os limites constitucionais¹²¹⁴.

A primeira audiência pública realizada pelo STF aconteceu em 20 de abril de 2007 para discutir a constitucionalidade das pesquisas com células tronco-embrionárias autorizada pelo art. 5º. da Lei nº. 11.105/05 (Lei de Biossegurança) – questão discutida na ADI nº. 3510/DF, na qual foi relator o Ministro Carlos Ayres Britto. Nessa oportunidade a questão constitucional discutida era uma das mais, senão a mais, delicada e controversa de todos os tempos: o momento do início da vida. Foram autorizados a participar da audiência pública com intervenções apenas o autor, o requerido e os interessados, os quais apresentaram perspectivas científicas, religiosas e jurídicas sobre o objeto de debate.

Além de todos os desafios impostos à abertura e à inauguração de uma esfera pública democrática no âmbito da jurisdição constitucional, essa primeira audiência pública ainda teve que enfrentar a dificuldade de realizar um debate vinculado estritamente a argumentos de princípio, uma vez que a discussão constitucional em pauta envolvia a complexa interpretação da abrangência do direito fundamental à vida. Inevitavelmente, argumentos de política e doutrinas abrangentes foram colocados lado a lado a interpretações estritamente jurídicas da Constituição, já que a própria petição inicial da ADI nº. 3501 tinha como fundamento um argumento moral e não jurídico; como bem explica Oscar Vieira Vilhena, a questão fundamental da ADI não era, como exposto na inicial, “... quando começa a vida

Constituição formuladas pelos magistrados do país e pelos diversos segmentos da cidadania. À sabedoria, sensibilidade e espírito democrático dos juizes do Supremo Tribunal Federal caberá fixar o grau adequado de permeabilidade da Corte a tais influências.” (**A Nova Jurisdição Constitucional Brasileira...**, p. 168-169).

¹²¹⁴ No entanto, a primeira audiência pública realizado no Supremo Tribunal Federal aplicou subsidiariamente as regras adotadas pelo Regimento Interno da Câmara dos Deputados para realização de audiências públicas (arts. 255-258 do RICD) em razão da ausência de previsão no seu Regimento Interno, o que foi providenciado pela Emenda Regimental nº. 29 de 18 de fevereiro de 2009, que inseriu no art. 13, os incisos XVII e XVIII; no art. 21, os incisos XVII e XVIII; no art. 154, o inciso III e o § único; e, no art. 363, os inc. III. do RISTF, toos disciplinando a convocação das audiências públicas previstas pela Lei nº. 9868/99 e 9.882/99.

biológica, mas sim que grau de proteção jurídica que deve ser conferido à vida em cada etapa de seu desenvolvimento.”¹²¹⁵

Acredita-se, no entanto, que essa dificuldade inicial de realizar uma audiência pública apenas com argumentos de princípio é absolutamente natural e esperada. O desenvolvimento de um debate republicano, orientado exclusivamente pelos valores constitucionais e voltado ao modo de interpretação/*reconstrução* da Constituição, requer, como todo procedimento democrático, um aprendizado que só é possível através da própria experiência. Isso não afasta, porém, a responsabilidade dos magistrados de filtrar do debate apenas os argumentos de princípio, os únicos que podem contribuir para a *reconstrução* da Constituição no âmbito da jurisdição constitucional.

De qualquer modo, a busca pela abertura da jurisdição constitucional e a oportunidade de aprimorar as audiências públicas, tornando-as cada vez mais uma referência de reflexão e debate coletivo sobre a Constituição, tem se comprovado pela convocação de outras audiências públicas. Em um espaço de tempo de aproximadamente três anos mais quatro audiências públicas foram convocadas; número expressivo que aponta uma tendência de se utilizar cada vez mais as audiências em busca de integração com a sociedade civil, da obtenção de informações acuradas e do incremento na legitimidade das decisões constitucionais.

A Ministra Cármen Lúcia, relatora da ADPF nº. 101, convocou e conduziu, em 27 de junho de 2008, a audiência pública em que se discutiu a constitucionalidade da importação de pneus usados por empresas brasileiras para fabricação de pneus reformados em face dos princípios constitucionais de proteção do meio-ambiente. A audiência contou com especialistas em saúde, comércio exterior e meio ambiente.

Na sequência, o Ministro Marco Aurélio, relator da ADPF nº. 54, convocou e conduziu, de 26 a 28 de agosto e 4 de setembro de 2008, audiências públicas para a discussão do aborto de fetos anencéfalos. Na oportunidade, estava em debate, por um lado a liberdade da mulher de interromper a gestação de um feto sem cérebro, cuja vida é inviável, e, por outro, a interpretação absoluta do direito à vida do feto.

Já o Ministro Gilmar Mendes, diante das diversas ações envolvendo o delicado tema do direito à saúde¹²¹⁶, convocou e conduziu, de 27 a 29 de abril e de

¹²¹⁵ Que vida, biológica ou a moral? Coluna Tendências & Debates. **Jornal Folha de São Paulo**. Publicado em 03 de maio de 2007.

04 a 07 de maio de 2009, audiências públicas para discussão das problemáticas que envolvem a prestação do serviço público de saúde¹²¹⁷. Nessa oportunidade foram reunidos 50 especialistas entre médicos, advogados, defensores públicos, promotores, procuradores de justiça, magistrados, professores, médicos, técnicos de saúde, gestores e usuários do Sistema Único de Saúde.

No momento a expectativa é pela realização das audiências públicas para discussão sobre a constitucionalidade da política de ação afirmativa mediante a reserva de vagas com critérios raciais nas universidades públicas, as quais foram convocadas pelo Ministro Ricardo Levandowski, relator do RE nº. 597285 e da ADPF nº. 189, e que acontecerão entre 03 e 05 de março de 2010.

É interessante destacar que embora durante as audiências o número de participantes seja restrito, todas são transmitidas pela TV Justiça e pela Rádio Justiça, conforme determinação do art. 154 do Regimento Interno do STF, dando a oportunidade para que todos os interessados acompanhem as discussões.

Ainda, independente da crítica quanto à produtividade dessas audiências e das acusações de que são apenas um simulacro, deve-se reconhecer que são uma bela iniciativa da jurisdição constitucional no sentido de abrir suas portas e dialogar

¹²¹⁶ A audiência foi convocada pelo presidente do STF, ministro Gilmar Mendes, para auxiliar no julgamento dos processos de competência que versam sobre direito à saúde. Entre eles estão os Agravos Regimentais nas Suspensões de Liminares 47 e 64, nas Suspensões de Tutela Antecipada 36, 185, 211 e 278, e nas Suspensões de Segurança 2361, 2944, 3345 e 3355.

¹²¹⁷ “Considerando os diversos pedidos de Suspensão de Segurança, Suspensão de Liminar e Suspensão de Tutela Antecipada em trâmite no âmbito desta Presidência, os quais objetivam suspender medidas cautelares que determinam o fornecimento das mais variadas prestações de saúde pelo Sistema Único de Saúde – SUS (fornecimento de medicamentos, suplementos alimentares, órteses e próteses; criação de vagas de UTI; contratação de servidores de saúde; realização de cirurgias; custeio de tratamentos fora do domicílio e de tratamentos no exterior; entre outros); Considerando que tais decisões suscitam inúmeras alegações de lesão à ordem, à segurança, à economia e à saúde públicas; Considerando a repercussão geral e o interesse público relevante das questões suscitadas; CONVOCA: Audiência Pública para ouvir o depoimento de pessoas com experiência e autoridade em matéria de Sistema Único de Saúde, objetivando esclarecer as questões técnicas, científicas, administrativas, políticas, econômicas e jurídicas relativas às ações de prestação de saúde, tais como: 1) Responsabilidade dos entes da federação em matéria de direito à saúde; 2) Obrigação do Estado de fornecer prestação de saúde prescrita por médico não pertencente ao quadro do Sistema Único de Saúde ou sem que o pedido tenha sido feito previamente à Administração Pública; 3) Obrigação do Estado de custear prestações de saúde não abrangidas pelas políticas públicas existentes; 4) Obrigação do Estado de disponibilizar medicamentos ou tratamentos experimentais não registrados na Agência Nacional de Vigilância Sanitária ou não aconselhados pelos Protocolos Clínicos do SUS; 5) Obrigação do Estado de fornecer medicamento não lícito e não previsto nas listas do SUS; 6) Fraudes ao Sistema Único de Saúde”. (Despacho de Convocação de Audiência Pública, de 5 de março de 2009, do Presidente do Supremo Tribunal Federal. Disponível em: http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/processoAudienciaPublicaSaude/anexo/Despacho_Convocatorio.pdf Acesso em: 20.03.2009).

com a sociedade civil, seja para obter informações técnicas, seja para conhecer novas interpretações sobre a Constituição. As audiências públicas são, certamente, um passo importantíssimo para a mudança de concepção dos trabalhos da jurisdição constitucional em uma democracia, indicando o reconhecimento de que os juízes não detêm o monopólio sobre a Constituição e estão dispostos a ouvir e dialogar com a sociedade. Ademais, as audiências podem lançar na esfera pública argumentos qualificados que podem originar um debate republicano sobre a questão constitucional que vai muito além do espaço físico do Tribunal. A audiência sobre a realização de pesquisas com células-troncos talvez seja o melhor exemplo de que o debate realizado na sede da STF teve repercussão efetivamente nacional, com grande cobertura da mídia e gerando discussões e expectativas em todas as esferas públicas. Portanto, para além dos benefícios que traz para a própria decisão constitucional em jogo, as audiências possuem a capacidade de mobilizar a cidadania e ascender o debate de forma difusa por toda a sociedade.

As audiências públicas e o *amicus curiae* são os principais caminhos elegidos pelo legislador para a abertura da jurisdição constitucional brasileira à esfera democrático-deliberativa. Outros instrumentos, no entanto, poderiam ser utilizados para atingir a mesma finalidade. O Tribunal Constitucional Alemão, por exemplo, realizou as 'jornadas do Tribunal', evento em que foram colocados em pauta e discutidos publicamente diversos assuntos em discussão no Tribunal, buscando fomentar a informação e a discussão pública sobre as questões¹²¹⁸. Já a Corte Indiana ficou famosa pela adoção da ideia de *jurisdição epistolar*, na qual uma simples carta é condição para ingressar com uma ação perante a Corte. Ainda criou comissões sociojurídicas de informação para auxiliar a Corte no levantamento de informações necessárias para os julgamentos¹²¹⁹.

No Brasil, uma tentativa fracassada de aproximar os cidadãos da jurisdição constitucional que merece ser brevemente referenciada foi feita pelo Projeto de Lei nº. 17/1999, o qual regulamentou a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental. Conforme explica Luís Roberto Barroso, originalmente a ADPF tinha duas funções: i) a de *instrumento de governo*, que possibilitava que os legitimados

¹²¹⁸ SAMPAIO, José Adércio Leite. **A Constituição Reinventada pela Jurisdição Constitucional...**, p. 93.

¹²¹⁹ GARGARELLA, Roberto. *Democracia Deliberativa e Papel dos Juízes diante dos Direitos Sociais...*, p. 18.

do art. 103 levassem ao STF a discussão de questões relevantes que envolvessem risco ou lesão a preceito fundamental ou relevante controvérsia constitucional (art. 1º, § único cc art. 2º, inc. I) e *ii*) a de *instrumento de cidadania* para a defesa dos direitos fundamentais que poderia ser utilizado por qualquer pessoa lesada ou ameaçada pelo Poder Público (art. 2º, II, PL 17/99).

Nessa segunda hipótese, o controle de constitucionalidade seria exercido de forma concentrada, ou seja, diretamente pelo STF, porém, no bojo de um caso concreto, já que a demanda seria feita por um cidadão em razão da lesão a um preceito fundamental. Todavia, o veto presidencial ao inc. II do art. 2º do PL nº. 17/99 marcou a rejeição da natureza pluralista e democrática da ADPF sob o argumento de que ausência de requisitos específicos a serem indicados pelo autor da ação e a generalidade do objeto de impugnação, motivos que levariam ao aumento excessivo no número de demandas a serem apreciadas pelo STF¹²²⁰. De acordo com, Claudius Walter Rothenburg, se não fosse o veto

“... teríamos no Brasil uma medida de natureza jurisdicional para a tutela de direitos fundamentais ou outros equiparados (de onde a restrição do seu objeto) em caso concreto (de onde a caracterização como controle de constitucionalidade), porém decidida pela Corte Constitucional (de onde a concentração da jurisdição constitucional); e uma ação popular, no sentido de que poderia ser proposta por qualquer pessoa interessada.”¹²²¹

A disponibilização de um canal de acesso direto do cidadão ao STF trata-se de uma medida que é, nas palavras de Gilmar Mendes, “... recomendável e até

¹²²⁰ “A inexistência de qualquer requisito específico a ser otentado pelo proponente da Arguição e a generalidade do objeto de impugnação fazem presumir a elevação excessiva do número de feitos a reclamar apreciação do Supremo Tribunal Federal, sem a correlata exigência de relevância social e consistência jurídica das arguições propostas.” (Mensagem de Veto nº. 187 de 3.12.1999).

¹²²¹ ROTHENBURG, Walter Claudius. *Arguição de descumprimento de preceito fundamental: análises à luz da Lei n.º 9.882/99*. São Paulo: Atlas, 2001, p. 201). No mesmo sentido, afirma Gustavo Binenbojm: “Embora tenha sido anunciado como um instrumento de proteção dos direitos fundamentais do cidadão, inspirada no *recurso constitucional* alemão (...) e no *recurso de amparo* espanhol (...), a verdade é que a arguição brasileira, tal como regulamentada pela Lei nº 9.882/99 (sobretudo após os vetos do Presidente da República ao projeto aprovado pelo Congresso Nacional), ficou mais para *avocatória do que para ação constitucional do cidadão*. Com efeito, a ampla legitimação prevista no art. 2º do Projeto de Lei – que no seu inc. II atribuía a qualquer pessoa lesada ou ameaçada por ato do Poder Público legitimidade para manejo do instrumento – acabou reduzida após o veto presidencial ao elenco de legitimados para a propositura da ação direta de inconstitucionalidade (art. 2º, I). Ao cidadão resta apenas solicitar ao Procurador Geral da República, mediante representação, nos termos do art. 2º, § 1º, o ajuizamento da medida (...)” (**A Nova jurisdição Constitucional Brasileira...**, p. 208-209). A mesma crítica é feita por CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza. **Jurisdição constitucional democrática...**, p. 433; SAMPAIO, José Adércio Leite. **A constituição reinventada pela jurisdição constitucional...**, 2002, p. 162; BARROSO, Luís Roberto, **O controle de constitucionalidade no direito brasileiro...**, p. 245-246 e TAVARES, André Ramos; ROTHENBURG, Walter Claudius (org.) *Arguição de descumprimento de preceito fundamental: análises à luz da Lei n.º 9.882/99*. São Paulo: Atlas, 2001.

mesmo inevitável em muitos casos. É que a defesa de preceito fundamental confunde-se, em certa medida, com a própria proteção de direitos e garantias individuais.” Com o veto presidencial restou ao cidadão a possibilidade de levar o seu pleito ao Procurador-Geral da República, que após apreciar a questão decidirá se deve utilizar de sua legitimidade para interpor a ADPF e encaminhá-la ao STF (art. 2º, § 1º.)¹²²².

Deve-ser reconhecer, todavia, que tal hipótese mantém a oportunidade de acesso do cidadão ao STF bastante restrita, razão pela qual Álvaro Ricardo de Souza Cruz defende que o Procurador-Geral da República está vinculado ao pleito formulado pelo cidadão, isto é, não tem discricionariedade para decidir sobre o seu prosseguimento, pois esta seria a única forma de “revigorar a legitimidade do instituto face ao ganho do fluxo comunicativo do Supremo com a sociedade.”¹²²³ Assim, caso o Procurador-Geral da República entendesse que a demanda é impertinente, bastaria emitir parecer em sentido contrário¹²²⁴. A proposta de Álvaro Cruz realmente ampliaria a possibilidade de acesso do cidadão ao STF, no entanto, ainda não resolveria o problema.

Já Gilmar Ferreira Mendes, Inocêncio Coelho e Paulo Branco defendem que é preciso encontrar uma medida que abra um canal de comunicação direto entre o cidadão e o STF que não coloque em risco o bom funcionamento da Corte pelo excesso de demandas. Assim, sugerem que seja pensada alguma fórmula de associação entre o Recurso Extraordinário (RE) e ADPF, como, por exemplo, a possibilidade dos legitimados solicitarem a conversão de um RE em ADPF, ou, então, a interposição simultânea do RE e da ADPF, cabendo ao STF decidir como apreciará a demanda.

¹²²² Embora o STF negue a legitimidade de pessoas físicas para interpor ADPF, reconhece a legitimidade do cidadão de interpor a ação por meio do Procurador Geral da República, tal como ocorreu na ADPF nº. 27/RJ de relatoria do Ministro Néri da Silveira: “... a lei 9.882 de 03 de dezembro de 1999, em seu art. 2º, estabelece que podem propor arguição de descumprimento de preceito fundamental os legitimados para a ação direta de inconstitucionalidade, facultando-se aos interessados não incluídos no rol de legitimados, constante no art. 103, da Constituição Federal, mediante representação, solicitar a propositura da ação ao Procurador-Geral da República que, examinando os fundamentos jurídicos do pedido, decidirá do cabimento do seu ingresso em juízo.”(ADPF nº. 27/ RJ, julgada 19.3.02). A decisão é citada por CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza. **Jurisdição Constitucional Democrática...**, p. 435.

¹²²³ Idem, p. 434.

¹²²⁴ Idem, p. 435.

Na prática, a primeira sugestão não seria capaz de resolver o problema da necessidade de um canal de acesso direto do cidadão à jurisdição constitucional, já que a conversão de um RE em uma ADPF, a pedido de um dos legitimados para interposição desta última, não criaria nenhum canal de comunicação direto entre o cidadão e o STF, o qual permaneceria com o seu acesso restrito pelo longo caminho das vias recursais. Assim, o efeito de tal sugestão seria a conferência de efeito *erga omnes* e vinculante para uma causa que chegou à Corte apenas com a pretensão de efeitos *inter partes*, o que na prática tem sido feito após reiteradas decisões pelo instituto da súmula vinculante e por algumas divergências jurisprudenciais que serão analisadas mais a fundo no item a seguir. Também a segunda sugestão dada pelos ilustres autores não representa nenhuma abertura do STF ao cidadão, uma vez que só poderiam interpor simultaneamente RE e ADPF os legitimados para interposição desta.

Assim, o fato é que como resultado do veto presidencial, igualaram-se aos legitimados para a propositura da ADPF autônoma – aquela que funciona como um *instrumento de governo* e que compartilha o mesmo rol de legitimados da ADI exposto no art. 103 da Constituição – e da ADPF incidental, para a qual o PL nº. 17/1999 concedida legitimidade aos cidadãos. No entanto, mesmo a utilização da ADPF incidental pelos legitimados do rol do art. 103 restou prejudicada, pois seus requisitos são mais rígidos dos que o da ADPF autônoma, levando os legitimados a, invariavelmente, optarem por ingressar com essa última. Como observam Luís Roberto Barroso e Ana Paula de Barcellos, o rito processual da ADPF “... vem reforçar uma tendência que se tem manifestado nos últimos anos de ampliação do papel da jurisdição constitucional concentrada e abstrata”¹²²⁵, fechando os canais de acesso do cidadão ao STF.

Ainda, não se pode deixar de citar o PL nº. 6.543/2006, apresentado pela Comissão Especial Mista para a “Regulamentação da Emenda 45” em 24 de janeiro de 2006, o qual pretende ressuscitar o inc. II do art. 2º do PL nº. 17/1999 através na inserção do inc. III, no mesmo artigo, com a seguinte redação: “qualquer pessoa lesada ou ameaça de lesão por ato do Poder Público”. A proposta foi aprovada em primeiro turno pela Câmara dos Deputados em 04 de agosto de 2009 e deverá ser

¹²²⁵ Direitos Fundamentais, Questões Ordinárias e Jurisdição Constitucional: Limites e Possibilidades da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental. In: **Revista de Direito do Estado**. Rio de Janeiro: Renovar. Ano 1, n. 1, jan./mar., 2006, p. 39.

aprovada ainda em segundo turno pela mesma Casa para a apreciação da emenda do Relator do Projeto, Deputado José Eduardo Cardozo (PT-SP), já aprovada na Comissão de Constituição e Justiça, a qual insere o § 3º no art. 2º para exigir que ADPF proposta com fundamento no art. 2º, inc. III – isto é, por “qualquer pessoa lesada ou ameaça de lesão por ato do Poder Público” – deverá atender os requisitos da repercussão geral do art. 102, § 3º da Constituição Federal.

Acredita-se que a eventual aprovação do PL nº. 6.543/2006 solucionaria de forma satisfatória o dilema entre a necessidade de disponibilização de um canal de acesso direto ao STF para o cidadão e o excesso de demandas que inviabilizariam o bom desempenho da Corte, na medida em que a ADPF interposta por qualquer cidadão que se sinta lesado ou ameaçado por ato do Poder Público só será apreciada se dotada de repercussão geral – filtro de acesso ao STF que tem apresentado um bom resultado.

Por fim, pode-se dizer que a abertura promovida pelos *amicus curiae* e pelas audiências públicas – e, quem sabe também, futuramente, pela ampliação do rol de legitimados da ADPF – compensa o fechamento natural do controle de constitucionalidade abstrato e concentrado, o qual além de entregar a palavra final sobre a Constituição a um pequeno número de magistrados e de ter decisões com efeitos *erga omnes*, passou a emitir decisões que vinculam todos os órgãos do Poder Judiciário e da Administração Pública a partir da inserção do § 2º do art. 103 na Constituição pela EC nº. 03/93 (em sede ADC), da Lei nº. 9.868/99, art. 28, § único (em sede de ADI) e da Lei nº. 9.882/99, art. 10, §3º (em sede de ADPF).

Não há espaço nesse momento para relatar todo o debate doutrinário realizado em torno do efeito vinculante. Em breve síntese, pode-se dizer apenas que o debate divide-se entre aqueles que defendem a atribuição de efeito vinculante para as decisões proferidas pelo STF em sede controle de constitucionalidade abstrato e concentrado por julgarem que este efeito uniformiza a jurisprudência sobre matéria constitucional conferindo maior segurança jurídica aos jurisdicionados¹²²⁶. Por outro lado, há quem argumente que o efeito vinculante impede que os juízes das instâncias inferiores interpretem a Constituição, implicando o *fechamento* da interpretação constitucional e engessamento a liberdade dos juízes para reconstruir a Constituição diante dos casos concretos – oportunidade em que a

¹²²⁶ Neste sentido, confira-se, por todos MENDES, Gilmar Ferreira. *Jurisdição Constitucional*. 5ª ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

capacidade reconstrutiva aperfeiçoa-se e ganha força em virtude das peculiaridades que cada caso pode trazer¹²²⁷.

A vinculação dos órgãos do Poder Judiciário e da Administração Pública às decisões proferidas pelo STF em sede de controle de constitucionalidade abstrato e concentrado traz o benefício da segurança jurídica, proporcionando a estabilidade e a previsibilidade desejada no Estado de Direito, inclusive na jurisprudência, quem dirá na jurisprudência constitucional. Não se pode admitir que o mesmo dispositivo constitucional seja aplicado de forma distinta em casos idênticos. Somente a alteração das circunstâncias fáticas é que pode levar ao desenvolvimento de novas interpretações sobre a mesma norma constitucional, o que, conforme ensina Álvaro Cruz, autoriza "... a renovação da discussão dos temas jurídicos, especialmente os constitucionais, na qual impera a cláusula *rebus sic standibus*"¹²²⁸.

Assim, se por um lado a vinculação da interpretação/*reconstrução* das normas constitucionais em sede de controle abstrato e concentrado é uma exigência do Estado de Direito, por outro lado, a possibilidade de que a interpretação/*reconstrução* das normas constitucionais seja revista diante da alteração das bases fáticas que deram suporte a decisão anterior é fundamental para a manutenção da vivacidade da Constituição, isto é, para que seja possível operá-la como uma *norma aberta em permanente reconstrução mediante a interpretação pública*.

Daí é possível concluir que o efeito vinculante das interpretações/*reconstruções* das normas constitucionais em sede de controle de constitucionalidade abstrato e concentrado traz um fechamento necessário à estabilidade do sistema constitucional, mas que só tem valor se mantiver sempre a possibilidade de sua revisão, ou melhor, da interpretação/*reconstrução* da norma constitucional em face da alteração das circunstâncias fáticas que ensejam a interpretação/*reconstrução* vinculante.

Por isso, entende-se que o efeito vinculante é saudável em um Estado Democrático de Direito desde que permaneça restrito ao dispositivo da decisão, mantendo-se livres os seus fundamentos determinantes. Esse parece ter sido o entendimento do constituinte reformador ao determinar no art. 102, § 3º que o efeito

¹²²⁷ Neste sentido, confira-se, por todos, STRECK, Lênio Luiz. **Jurisdição Constitucional e Hermenêutica**. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

¹²²⁸ **Jurisdição Constitucional Democrática...**, p. 257.

vinculante alcançará a “decisão definitiva de mérito”, razão pela qual ensina Clèmerson Merlin Clève que tal efeito “... restringe-se exclusivamente à sua (dela: a decisão) parte dispositiva, não alcançando os seus fundamentos determinantes”.¹²²⁹ No mesmo sentido, Álvaro Cruz, defende que “Para que possa ter efeito no Estado Democrático de Direito, ele [o efeito vinculante] deve ater-se à parte dispositiva da decisão, de modo a não haver distinção entre o mesmo e os limites objetivos da coisa julgada.”¹²³⁰

Todavia, esse não tem sido o entendimento adotado pelo STF, que tem estendido os limites objetivos do efeito vinculante para além da parte dispositiva da decisão, fenômeno denominado como *transcendência dos motivos determinantes*. Em algumas decisões proferidas em Reclamações, admitiu-se que os motivos determinantes da decisão, isto é, a base fática que dá ensejo à interpretação constitucional, também vinculasse os demais órgãos do Poder Judiciário. Assim, na Reclamação nº. 12.189, o Ministro Gilmar Mendes afirmou que o efeito vinculante alcança os fundamentos determinantes da sentença em virtude do conteúdo original da Proposta de Emenda Constitucional do Deputado Roberto Campos que culminou na EC nº. 03/93 e da aplicação do efeito vinculante aos motivos determinantes da decisão na jurisprudência alemã, a qual serviu de inspiração para o efeito vinculante brasileiro. A mesma posição é retratada pelo Ministro em sede doutrinária, ao defender que “Embora a EC nº. 3/93 não tenha incorporado a proposta na sua inteireza, é certo que o *efeito vinculante*, na parte que foi positivada, deve ser estudado à luz dos elementos contidos na proposta original.”¹²³¹

Em que pese os argumentos em defesa da extensão do efeito vinculante aos motivos determinantes da decisão apresentados pelo Ministro Gilmar Mendes não se sustentarem – já que não tem cabimento algum recorrer a intenção original do constituinte reformador para justificar um processo de mutação constitucional – a *transcendência dos efeitos determinantes* ganhou força na jurisprudência do STF, tendo sido defendida também nas seguintes Reclamações (Rcl): Rcl nº. 1.987, Rel. Min. Maurício Corrêa; Rcl. nº. 2.986, Rel. Min. Celso de Mello; Rcl. nº. 3.291, Rel. Min. Rel. Cezar Peluso. Em todas essas decisões os fundamentos centrais são a

¹²²⁹ **A Fiscalização Abstrata da Constitucionalidade...**, p. 307.

¹²³⁰ **Jurisdição Constitucional Democrática...**, p. 257.

¹²³¹ **Curso de Direito Constitucional...**, p. 1282.

proteção da interpretação constitucional feita pela Corte e a tutela da força normativa da Constituição¹²³².

Todavia, a *transcendência dos efeitos determinantes* da decisão não é uma proposta pacífica na jurisprudência do STF, devendo ser distinguida da hipótese em que diante de leis de idêntico teor, admitiu-se a declaração de inconstitucionalidade por meio de Reclamação. Assim, por exemplo, caso o STF declare inconstitucional a lei antifumo do Estado do Paraná, os Estados com leis de idêntico teor poderão ter a inconstitucionalidade de suas normas arguidas e declaradas inconstitucionais em sede de Reclamação. Essa hipótese não configuraria a *transcendência dos motivos determinantes* rechaçados por este trabalho, uma vez que as bases fáticas das leis de antifumo possuem teor semelhante, senão idêntico, sendo uma flagrante violação à segurança jurídica e à isonomia não reconhecer a inconstitucionalidade ou constitucionalidade de leis com o mesmo teor. Nesse sentido, o Ministro Gilmar Mendes, manifestou-se na Reclamação nº. 4.987:

“... em relação à lei de teor idêntico àquela que já foi objeto do controle de constitucionalidade no STF, poder-se-á, por meio da reclamação, impugnar a sua aplicação ou rejeição por parte da Administração ou do Judiciário, requerendo-se a declaração incidental de sua inconstitucionalidade, ou de sua constitucionalidade, conforme o caso. Na hipótese em exame, como já acentuado, não estamos a falar em ‘transcendência dos motivos determinantes’”

Portanto, para que não restem dúvidas, deve-se esclarecer que a *transcendência dos efeitos determinantes* não configura um fechamento indevido da jurisdição constitucional se – e somente se – for reconhecida em face de duas leis que possuem bases fáticas idênticas. Nesses casos, o efeito vinculante não encerra as possibilidades de futuras interpretações/reconstruções da Constituição em virtude da transformação da realidade que ensejou a primeira declaração de constitucionalidade ou inconstitucionalidade, trata-se apenas da extensão do efeito vinculante para atender dois princípios fundamentais do Estado de Direito: a *segurança jurídica* e a *isonomia*.

Finalmente, pode-se concluir que o controle de constitucionalidade abstrato e concentrado está indo do fechamento à abertura desde a promulgação da Constituição, quando se ampliou o rol de legitimados para propositura da ADI, e da

¹²³² Nesse sentido, confira-se também, Rcl nº. 4692, Min. Rel. Cezar Peluso; Rcl nº. 4387; Min. Rel. Celso de Mello; Rcl nº. 4416, Min. Rel. Celso de Melo; Rcl nº. 2363, Min. Rel. Gilmar Mendes.

publicação das Leis nºs. 9.868/99 e 9.882/99, que além de ter estendido o rol de legitimados da ADI para a ADC e para a ADPF, respectivamente, inauguram institutos típicos de uma *sociedade aberta dos intérpretes da Constituição*, como o *amicus curiae* e as audiências públicas.

No entanto, a função *integrativa, informativa e legitimadora* desses instrumentos não é autoaplicável, isto é, não basta que eles sejam disponibilizados e empregados de qualquer maneira; a construção de uma esfera deliberativa judicial com tais atributos demandará um grande esforço de aprendizagem em virtude de suas especificidades, um caminho que já se começou a percorrer, mas que ainda tem muito chão pela frente, sendo como a própria democracia, um eterno *por vir*, uma eterna luta em busca de aperfeiçoamento. Nesse sentido, é evidente a carência de um via de acesso direto do cidadão ao STF para tutela dos direitos fundamentais, o que se esperava da ADPF e agora se espera do PL nº. 6543/2006.

Ainda, deve-se destacar que a quebra do monopólio da interpretação da Constituição pela jurisdição constitucional através dessas alternativas de *reconstrução pública* da Constituição não é ofuscada pelo fechamento provocado pelo efeito vinculante, nem pela sua *transcendência* a casos idênticos, uma vez que esta é uma exigência do Estado Direito que mantém aberta a *reconstrução* da Constituição diante de novas circunstâncias fáticas.

3.3.2 As transformações do controle difuso e concreto: o fechamento da jurisdição constitucional?

Ao falar de controle de constitucionalidade difuso e concreto, a primeira lição a ser anotada é dada por Menelick de Carvalho Netto: "... não podemos esquecer que somos um país com mais de cem anos de prática de controle difuso."¹²³³ O controle de constitucionalidade difuso e concreto faz parte da história constitucional brasileira, devendo ser prestigiado na medida em que possibilita maior integração e interação entre a esfera judicial, a interpretação da Constituição e a esfera pública¹²³⁴. É através do controle difuso e concreto que a *reconstrução* da

¹²³³ Controle de Constitucionalidade e Democracia..., p. 230.

¹²³⁴ LEAL, Mônia Clarissa Hennig. **Jurisdição Constitucional Aberta...**, p. 204.

Constituição *mediante um processo público de interpretação* ganha força e aprimora-se, já que a quantidade de interpretações – mesmo que exclusivamente judiciais – que podem ser auferidas abre mais possibilidades para pensar, interpretar e reconstruir a Constituição.

No entanto, não é possível simplesmente se apegar na tradição para defender o controle difuso e concreto, o qual inegavelmente precisava – e ainda precisa – passar por ajustes, uma vez que provocava efeitos colaterais nocivos a direitos fundamentais da própria Constituição, especialmente à isonomia, à celeridade processual e à segurança jurídica. Por essa razão, durante esses mais de vinte anos de controle de constitucionalidade misto, algumas alterações foram feitas no ordenamento jurídico para aperfeiçoar o sistema, dotando-o de maior eficácia. Porém, como se verá a seguir, a grande maioria dessas transformações caminha para a expansão do controle abstrato e concentrado em detrimento da restrição do tradicional controle de constitucionalidade difuso e concreto.

Diante desse movimento, é necessário que se investigue e analise em que medida as inovações do ordenamento jurídico e da jurisprudência trabalham no sentido de melhorar a convivência do controle de constitucionalidade abstrato e difuso, dando maior eficácia aos direitos fundamentais à isonomia, celeridade e segurança jurídica, e, em que medida representam apenas o fechamento do controle difuso, que conforme ressalta Luís Roberto Barroso, “... ainda é a única via acessível ao cidadão comum para a tutela de seus direitos subjetivos constitucionais.”¹²³⁵

Passa-se então à análise das principais alterações da legislação, da Constituição e da jurisprudência sobre o controle de constitucionalidade difuso e concreto, buscando-se compreender se e *como* operam para ampliar e fortalecer uma *reconstrução pública* da Constituição, ou se são apenas mecanismos de concentração da interpretação constitucional nas mãos do STF.

O primeiro passo no sentido do fechamento do controle de constitucionalidade difuso e concreto foi dado pela EC nº. 03/93 com a implementação do efeito vinculante às decisões proferidas em ADC. Como já visto, tal vinculação foi posteriormente estendida também para as decisões proferidas em ADI e ADPF pelas Leis nºs. 9.868/99 e 9.882/99. Embora o efeito vinculante das decisões proferidas em sede de controle de constitucionalidade abstrato e

¹²³⁵ BARROSO, Luís Roberto. **O controle de constitucionalidade no direito brasileiro...**, p. 77.

concentrado restrinja as possibilidades de interpretação da Constituição pelos demais órgãos do Poder Judiciário, deve-se reconhecer que tal restrição é provisória – na medida em não subsiste diante da alteração das bases fáticas que deram origem à decisão – e é um mandamento do Estado de Direito por segurança jurídica e isonomia. Logicamente que isso não retira do efeito vinculante sua tendência anti-democrática, porém, justifica-o perante o Estado de Direito, indicando que até mesmo na esfera processual a tensão entre constitucionalismo e democracia não encontra uma solução que se harmonize perfeitamente com ambos os polos de tensão, havendo sempre a demanda por simultâneo fechamento e abertura.

Todavia, o efeito vinculante não se manteve apenas no âmbito do controle de constitucionalidade abstrato e concentrado. Com a edição da Lei nº. 9.756/98 também as decisões proferidas em sede de controle de constitucionalidade difuso e concreto pelos Plenários dos Tribunais ganharam tal efeito, rompendo com a tradição dos efeitos *inter partes*. Para a compreensão dessa transformação é necessário recordar, primeiramente, que de acordo com a cláusula de reserva de plenário (art. 97 da CF/88) a questão constitucional suscitada através da arguição de inconstitucionalidade deve ser sempre submetida ao julgamento do Plenário ou Órgão Especial, no qual a inconstitucionalidade só poderá ser declarada mediante maioria absoluta dos votos de seus membros¹²³⁶. A Lei nº. 9.756/98, ao inserir o parágrafo único do art. 481 do CPC¹²³⁷, dispensou a apreciação da arguição de inconstitucionalidade pelo Plenário ou pelo Órgão Especial quando já houver pronunciamento do respectivo Tribunal, ou quando o STF já houver se manifestado sobre a questão constitucional em exame¹²³⁸.

¹²³⁶ Sobre o art. 97 da Constituição o Supremo Tribunal Federal já editou Súmula Vinculante no sentido de que: “Viola a cláusula de reserva de plenário (CF, artigo 97) a decisão de órgão fracionário de tribunal que, embora não declare expressamente a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo do poder público, afasta sua incidência, no todo ou em parte.”

¹²³⁷ “Art. 481 - Se a alegação for rejeitada, prosseguirá o julgamento; se for acolhida, será lavrado o acórdão, a fim de ser submetida a questão ao tribunal pleno.

Parágrafo único - Os órgãos fracionários dos tribunais não submeterão ao plenário, ou ao órgão especial, a arguição de inconstitucionalidade, quando já houver pronunciamento destes ou do plenário do Supremo Tribunal Federal sobre a questão.”

¹²³⁸ “Remarque-se que câmara, turma, seção ou outro órgão fracionário do tribunal não pode declarar a inconstitucionalidade, mas pode reconhecer a *constitucionalidade* da norma, hipótese na qual deverá prosseguir o julgamento sem a necessidade de encaminhar a questão constitucional para o plenário. Tampouco está subordinado à reserva de plenário o reconhecimento de que uma lei anterior à Constituição está revogada por ser com ela incompatível, questão que, na conformidade da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, resolve-se no plano intertemporal – a lei deixa de vigor –

Dessa forma, o art. 481, § único do CPC estabelece duas exceções ao princípio da reserva de plenário do art. 97, dispensando sua aplicação *i)* quando há declaração de inconstitucionalidade pelo STF, mesmo que em sede de controle difuso e concreto e *ii)* quando há declaração de inconstitucionalidade pelo Plenário ou Órgão Especial do próprio Tribunal. Ressalta-se, ainda, que para a aplicação da hipótese do art. 481, § único do CPC é essencial que o Tribunal ou o STF tenham analisado exatamente a mesma lei que está sendo arguida como inconstitucional em relação ao mesmo parâmetro constitucional, senda vedada a “analogia constitucional”.

As duas exceções são responsáveis pela primeira alteração substancial no controle difuso de constitucionalidade, uma vez que rompem com a tradição dos efeitos *inter partes*; os quais passam a ser providos de um verdadeiro efeito vinculante, típico do controle de constitucionalidade concentrado e abstrato. Lembre-se de que no caso das decisões proferidas em sede de controle de constitucionalidade difuso pelo STF, a regra era a produção de efeitos *inter partes*, podendo tornar-se *erga omnes* somente após a suspensão da execução da lei pelo Senado Federal. No entanto, a partir da aplicação do art. 481, § único, a decisão do STF em sede de controle difuso passa a vincular a atuação dos demais Tribunais, independentemente de ter ou não o Senado suspenso a execução da lei declarada inconstitucional.

Fredie Didier Jr. explica que a decisão do Plenário/Órgão Especial e do STF em sede de controle difuso de constitucionalidade tem força para vincular a análise da arguição de inconstitucionalidade pelos demais Tribunais porque, apesar de ser proferida em sede de controle difuso, o seu exame é feito em abstrato¹²³⁹. Quando

e não no da validade da norma” (BARROSO, Luís Roberto, **O controle de constitucionalidade no direito brasileiro...**, p. 65).

¹²³⁹ Vale destacar que o controle difuso não é sinônimo de controle de constitucionalidade concreto, embora ambos estejam muitas vezes relacionados. Como ensina Fredie Didier Jr. “O controle é difuso porque pode ser feito por qualquer órgão jurisdicional; o controle difuso contrapõe-se ao concentrado. Chama-se de controle concreto, porque feito *a posteriori*, à luz das peculiaridades do caso; a ele se contrapõe o controle abstrato, em que a inconstitucionalidade é examinada em tese, *a priori*. Normalmente, o *controle abstrato* é feito de forma concentrada, no STF por intermédio da ADIN, ADC ou ADPF, e o *controle concreto*, de forma difusa. O *controle difuso* é sempre *incidenter tantum*, pois a constitucionalidade é questão incidente, que será resolvida na fundamentação da questão judicial; assim, a decisão a respeito da questão somente tem eficácia *inter partes*. O controle concentrado no Brasil é feito *principaliter tantum*, ou seja a questão sobre a constitucionalidade da lei compõe o objeto litigioso do processo e a decisão a seu respeito ficará imune a coisa julgada material, com eficácia *erga omnes*. Nada impede, porém, que o controle de constitucionalidade seja

se instaura um incidente de arguição de inconstitucionalidade perante os Tribunais (ou quando STF aprecia um recurso extraordinário em abstrato, como tem indicado a sua jurisprudência) a análise da constitucionalidade da lei é feita em abstrato, ou seja, primeiro o Tribunal posiciona-se em relação à constitucionalidade da lei em tese, isto é, independentemente das circunstâncias do caso concreto, para somente após esse exame em abstrato aplicar a sua conclusão ao caso. Por isso, para o autor, a arguição de inconstitucionalidade é um verdadeiro incidente processual de natureza objetiva¹²⁴⁰.

Portanto, de acordo com Fredie Didier a decisão do Plenário/Órgão Especial e do STF em sede de controle difuso de constitucionalidade pode ter força vinculante porque decorre de uma análise da constitucionalidade em abstrato. Embora a justificativa encontrada pelo autor para a concessão de efeitos vinculantes em sede de controle difuso seja bastante razoável e evidencie a existência de uma terceira modalidade de controle de constitucionalidade no Brasil – *um controle feito pela via difusa, porém, de forma abstrata* –, não se pode deixar de lado outras questões que envolvem a aplicação da art. 481, § único, especialmente no que diz respeito à competência do Senado Federal para suspender a execução da lei inconstitucional, conferindo à decisão do STF efeitos *erga omnes*.

Sobre essa problemática, Lênio Streck traz algumas considerações. Primeiro, argumenta que caso o Senado chegue a suspender a norma declarada inconstitucional, concedendo-lhe efeito *erga omnes*, a regra do art. 481, § único perde o sentido, pois os efeitos da suspensão da execução da lei pelo Senado Federal são, em termos práticos, idênticos aos efeitos produzidos pela aplicação do art. 481, § único. Isto é, em ambos os casos a lei deve deixar de ser aplicada pelo Tribunal sem a necessidade de ser submetida à arguição de inconstitucionalidade à regra da reserva de plenário.

Ainda em relação ao Senado Federal, Lênio Streck levanta outra hipótese. Se em um determinado caso o STF não enviou a decisão para o Senado Federal com a finalidade de obter uma jurisprudência mais consolidada sobre a matéria, haverá um grave problema, pois, apesar de o próprio STF não estar convicto acerca

difuso, mas abstrato: a análise da constitucionalidade é feita em tese, embora por qualquer órgão judicial.” (**Curso de Direito Processual Civil vol. 03**. 6ª. ed. Salvador: JusPodivm, 2008, p. 332-333).

¹²⁴⁰Nesse sentido, explica o autor que tanto é a arguição de inconstitucionalidade é de natureza objetiva que se permite a intervenção de *amicus curiae* neste incidente (art. 482 e §§). (JUNIOR DIDIER, Fredie. Idem, p. 333).

do seu posicionamento sobre a questão, tal posicionamento (que pode ter sido foi proferido uma única vez em sede de controle difuso) já será capaz de vincular os demais Tribunais. Perante esse impasse, sugere o autor que somente quando o STF tiver enviado a matéria ao Senado, e o Senado ainda não houver suspenso a norma, é que se aplica o art. 481, § único¹²⁴¹.

Diante dessas circunstâncias, pode ser questionada a constitucionalidade do art. 481, § único por violar o art. 52, inc. X da Constituição. Nesse sentido, Álvaro Ricardo de Souza Cruz defende a inconstitucionalidade do art. 481, § único por considerar que mesmo perante todas as críticas que possam ser feitas à competência conferida ao Senado pelo art. 52, inc. X, tal exigência ainda é uma determinação constitucional, não podendo ser ignorada em nome de celeridade e economia processual, sobrepondo-se à garantia de direitos constitucionais como a ampla defesa, o contraditório e a livre apreciação do Judiciário. Por essas razões, para o autor, a Lei nº. 9.756/98 que acrescentou o § único ao art. 481 "... subtrai poderes do Legislativo em favor do Judiciário, penalizando a democracia face às já citadas violações aos princípios constitucionais relativos ao processo."¹²⁴²

Vale destacar que a alteração da interpretação do art. 97, consubstanciada no art. 481, § único do CPC, tem como origem precedentes da própria jurisprudência do STF, o qual por diversas vezes se manifestou no sentido de que seria dispensável a aplicação da cláusula de reserva de plenário quando a Corte já tivesse se manifestado pela inconstitucionalidade da questão. Nessa linha, destaca-se a orientação do RE nº. 191.898, no qual o Ministro Relator Sepúlveda Pertence justifica a vinculação dos demais Tribunais às decisões de inconstitucionalidade proferidas em sede de controle difuso pelo STF, independente de manifestação do Senado Federal, com o argumento de que uma vez proferida a inconstitucionalidade pelo STF já estaria afastada a presunção de constitucionalidade da lei. Assim, não teria relevância se os efeitos da decisão em controle difuso são *inter partes* ou *erga omnes*, pois o que permite que os demais Tribunais sigam a mesma orientação do STF é o fato de que após o seu pronunciamento pela inconstitucionalidade já foi

¹²⁴¹ Streck ressalta ainda que a segunda hipótese do art. 481, § único do CPC só se aplica se não houver ocorrido a primeira hipótese. Ou seja, se já houver pronunciamento pelo STF, perde toda a importância a existência ou não de pronunciamento pelo Tribunal. (**Jurisdição e Hermenêutica Constitucional...**, p. 372).

¹²⁴² CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza. **Jurisdição constitucional democrática...**, p. 351.

afastada a presunção de constitucionalidade da norma. De acordo com Gilmar Ferreira Mendes esse entendimento do STF

*“...marca uma evolução no sistema de controle de constitucionalidade brasileiro, que passa a equiparar, ainda que de forma tímida, os efeitos das decisões proferidas nos processos de controle abstrato e concentrado. A decisão do Supremo Tribunal Federal, tal como colocada, antecipa o efeito vinculante de seus julgados em matéria de controle de constitucionalidade incidental, permitindo que o órgão fracionário se desvincule do dever de observância da decisão do Pleno ou do Órgão Especial do Tribunal a que se encontra vinculado. Decide-se autonomamente com fundamento na declaração de inconstitucionalidade (ou de constitucionalidade) do Supremo Tribunal Federal proferida *incidenter tantum*.”*¹²⁴³ (grifou-se)

Diante de todos os argumentos expostos, a principal conclusão que deve ser retirada da análise do art. 481, § único é que havendo manifestação sobre a questão pelo Plenário/Órgão Especial do Tribunal ou pelo STF, só seria necessário submeter a inconstitucionalidade arguida à cláusula de reserva de Plenário em caso de mudança de orientação da jurisprudência de qualquer um dos Tribunais. Isso implica reconhecer que a regra de que as decisões proferidas em sede de controle de constitucionalidade difuso produzem efeitos *inter partes*, foi relativizada por norma infraconstitucional que viola competência do Senado Federal (art. 52, inc. X).

Assim, pode-se considerar que a alteração ora comentada aponta para o *fechamento* do controle de constitucionalidade difuso, já que vincula a atuação dos Tribunais ao entendimento do STF manifestado, inclusive, em controle difuso, restringindo assim a possibilidade de *reconstrução pública* da Constituição. No entanto, assim como o efeito vinculante das decisões proferidas em controle de constitucionalidade abstrato e concentrado é um momento de *fechamento* necessário em face da isonomia e da segurança jurídica, também o efeito vinculante de decisões proferidas em sede controle de difuso é uma necessidade quando diante de leis de idêntico teor. Desse modo, o problema que surge com tal alteração recai apenas na violação do art. 52, inc. X da Constituição, o qual embora confira uma competência arcaica e extremamente prejudicial para a consolidação da jurisprudência do STF não pode ser simplesmente atropelado por alterações legislativas.

Assim, diante da necessidade de criar um mecanismo de vinculação das decisões proferidas pelo STF, especialmente em sede de controle difuso, que

¹²⁴³ MENDES, Gilmar Ferreira, O controle incidental de normas no direito brasileiro. In: **Direitos Fundamentais e Controle de Constitucionalidade: Estudos de Direito Constitucional**. 2ª. ed. São Paulo: Celso Bastos Editor, 1999, p. 380-381.

contornasse a exigência do art. 52, inc. X da Constituição, a EC nº. 45/2004 deu origem a polêmica súmula vinculante; instituto que tem evidente inspiração no sistema da *commun law*, no qual os precedentes judiciais desempenham um papel fundamental, comprovando a tendência de aproximação entre as duas grandes matrizes jurídicas do Ocidente: o *civil law*, de origem romano-germânica, que se caracteriza por ter a lei como principal fonte de direito e pela adoção do método dedutivo para aferir a regra que deve ser aplicada ao caso; e o *commun law*, de origem anglo-saxã, que é centrado nos precedentes judiciais e utiliza o método indutivo para buscar nos precedentes a regra adequada para o caso em análise¹²⁴⁴. Diante do movimento de aproximação entre esses dois modelos jurídicos, deve-se lembrar da lição de Patrícia Perrone Campos Melo no que diz respeito ao manejo das súmulas vinculantes:

“Muito embora se reconheça hoje, que ambos os sistemas estão vivendo um processo de aproximação, em que se constata um o crescimento do papel da jurisprudência no desenvolvimento do direito dos países de *civil law* e, simultaneamente, o aumento da legislação nos países da *commun law*, o fato é que, até em virtude de sua longa tradição no assunto, o desenvolvimento metodológico para operação com precedentes judiciais alcançou maior maturidade e sistematização nos últimos, justificando o recurso aos mesmos para a abordagem da matéria.”¹²⁴⁵

Embora a súmula vinculante não seja uma cópia idêntica do *stare decisis*, uma aplicação adequada e responsável do sistema de precedentes no Brasil requer o estudo e a compreensão de como se opera esse instituto do *commun law*, o que pode contribuir para o aperfeiçoamento da edição e da aplicação das súmulas vinculantes. No entanto, tendo em vista que o objeto de estudo deste trabalho são as consequências que a súmula vinculante traz para o controle de constitucionalidade difuso, o *stare decisis* só será analisado na medida em que puder contribuir para compreensão da súmula vinculante e de suas consequências para o controle de constitucionalidade difuso e concreto no Brasil.

Inicia-se a análise destacando que o *que é a súmula vinculante*. Conforme dispõe o art. 103-A e §§ da Constituição, a súmula vinculante deve ser fruto de *reiteradas* decisões do STF, devendo dispor sobre a validade, a interpretação ou a eficácia de normas constitucionais sobre as quais haja controvérsia em Tribunais

¹²⁴⁴ MELO, Patrícia Perrone Campos. Operando com súmulas e precedentes judiciais. In: **A reconstrução democrática do direito público no Brasil**. Luís Roberto Barroso (org.), Rio de Janeiro: Renovar, 2007, p. 670.

¹²⁴⁵ MELO, Patrícia Perrone Campos. Operando com súmulas e precedentes judiciais..., p. 670.

inferiores que resulte em insegurança jurídica ou relevante multiplicação de processos sobre questões idênticas. A súmula vinculante tomará a forma de um enunciado expresso produzido pelo STF em um procedimento de natureza objetiva, uma vez que, conforme explica Eduardo Talamini o procedimento de elaboração da súmula vinculante é de:

“(i) competência exclusiva do Supremo Tribunal Federal; (ii) deve versar sobre matéria constitucional; (iii) deve ter por objeto sempre a validade, a eficácia ou a interpretação de normas determinadas; (iv) estão legitimados para requerer sua criação revisão ou cancelamento todos os legitimados da ação direta de inconstitucionalidade e da ação declaratória de constitucionalidade; (v) o pronunciamento ali produzido tem força vinculante para os demais órgãos do judiciário e da Administração Pública, nos mesmos moldes que as decisões proferidas nos demais processos objetivos de controle de constitucionalidade; (vi) admite-se a modulação de efeitos do pronunciamento, tal como nos demais instrumentos de controle direto; (vii) permite-se a participação de terceiros com representatividade adequada, para participar como *amicus curiae*.”¹²⁴⁶

Assim, difere-se a súmula vinculante do *stare decisis*, que é extraído de apenas um precedente, não precisa versar sobre questão constitucional, não possui um enunciado explícito produzido por uma Corte Constitucional e tem a vinculação do precedente construída pelos juízes e Tribunais inferiores¹²⁴⁷. Diferencia-se também do efeito vinculante produzido no controle concentrado e abstrato, que não conta com a produção de um enunciado escrito e terá sua vinculação apreciada pelas demais instâncias do Poder Judiciário e pela Administração Pública no caso concreto.

A partir de uma breve compreensão *do que é e de como* opera a súmula vinculante, passa-se a destacar as consequências de sua aplicação para o controle de constitucionalidade difuso.

Primeiramente, lembra-se que a súmula vinculante é originária de decisões proferidas pelo STF em sede de controle de constitucionalidade difuso¹²⁴⁸. Isso

¹²⁴⁶ TALAMINI, Eduardo. **Jurisdição Constitucional**. *no prelo*, p. 119. Disponível: http://www.justen.com.br/Informativo22/informativo_01.htm. Acesso em: 12.dez.2008.

¹²⁴⁷ O *stare decisis* é determinado pelos juízes e Tribunais Inferiores que diante da análise de um caso concreto devem averiguar a existência de precedentes que possuam semelhança fática e que tenha adotado uma solução jurídica aplicável para o caso concreto, sem que isso enseje prejuízo algum para a isonomia. Desse modo, a análise do precedente feita pelas instâncias inferiores do Poder Judiciário são extremamente cautelosas, podendo haver ou não um precedente vinculante que seja capaz de direcionar a solução da controvérsia.

¹²⁴⁸ Entende-se que as súmulas decorrem de *reiteradas* decisões em sede de controle de constitucionalidade difuso porque o controle de constitucionalidade concentrado exercido pelo STF já possui por si só efeitos vinculantes. No entanto, observa-se que a súmula vinculante nº. 02 possui apenas precedentes do controle de constitucionalidade concentrado, isto é ADIns. Enquanto a

implica reconhecer que o entendimento do STF sobre a matéria constitucional deverá ser seguido por todo o Poder Judiciário e por toda a Administração Pública. Assim, não restam dúvidas de que a súmula vinculante restringe o campo de atuação do controle de constitucionalidade difuso e fecha o círculo de intérpretes da Constituição, concentrando grande parte da interpretação, antes exercida de forma difusa, nas mãos do STF em nome da segurança jurídica, da isonomia entre os jurisdicionados e da eficiência da justiça; limitando, portanto, as possibilidades de sua *reconstrução*.

Além disso, é preciso ressaltar que a súmula vinculante também restringe o controle de constitucionalidade difuso e anula o seu próprio objetivo na medida em que a análise da aplicabilidade da súmula vinculante ao caso concreto será feita pelo próprio STF através das Reclamações, que questionarão se naquele caso em específico poderia, ou não, o juiz ou o Tribunal aplicar a súmula vinculante¹²⁴⁹. Assim, a inexistência de mecanismos que guiem a aplicação da súmula vinculante, além de impedir a livre apreciação pelo juiz ou Tribunal, irá assoberbar os trabalhos do STF, retirando o principal objetivo da súmula vinculante: eficácia e economia para possibilitar que o STF atue somente em causas constitucionais de grande relevância. Nesse sentido, observa José Afonso da Silva que as súmulas vinculantes

“... tolhem uma correta apreciação das alegações de lesão ou ameaça de direito, que está na base do direito de acesso à Justiça, sem que veja como elas podem reduzir o acúmulo de feitos perante o STF, pois só nesse âmbito têm aplicação. Não parece reduzir os recursos, pois está previsto que, se o ato administrativo ou a decisão judicial contrariar a súmula aplicável, caberá reclamação para o STF, que, julgando-a procedente, anulará o ato administrativo ou cassará a decisão reclamada sem a aplicação da súmula, conforme o caso. Na verdade, há uma mera troca de meios de impugnação: reclamação, em vez de recurso ordinário ou extraordinário.”¹²⁵⁰

Desse modo, pode-se afirmar que quanto ao controle de constitucionalidade difuso, as súmulas vinculantes produzem ao menos dois efeitos: *i)* restringem campo de atuação do controle de constitucionalidade difuso, na medida em que a interpretação do STF sobrepõe-se à liberdade de interpretação dos demais juízes e Tribunais e *ii)* substituem a utilização do recurso extraordinário por outro instrumento

súmula vinculante nº. 07 possui um precedente originário do controle concentrado e a súmula vinculante nº. 13 possui três precedentes que possuem efeito vinculante.

¹²⁴⁹ Lembre-se de que no *stare decisis* é o juiz ou Tribunal Inferior irão verificar se ocorre ou não a vinculação do precedente a partir da análise da *holding*, da *rationale* e da *obiter dictum*.

¹²⁵⁰ SILVA, José Afonso, **Comentário contextual à Constituição...**, p. 560.

que alcança o STF de forma mais fácil e rápida: a reclamação, já que esta não exige o esgotamento de todas as instâncias do Poder Judiciário para ser apreciada pelo STF.

Para Renato Stanzola Vieira a intenção da súmula vinculante é sim retirar a importância do controle difuso de constitucionalidade, uma vez que o mais afamado argumento que se utiliza para a sua defesa – a necessidade de evitar a demanda de processos que congestionam o STF – não foi atestado. Nesse sentido, o autor lembra da posição assumida por André Ramos Tavares, que apesar de favorável à súmula vinculante, menciona que em alguns pontos elas são uma “... frívola formalidade, apresentando conseqüências funestas para o controle de constitucionalidade difuso no Brasil.”¹²⁵¹

André Ramos Tavares chega a admitir que a súmula vinculante é uma “... forma de transposição do concreto para o abstrato...”¹²⁵². Contudo, mais precisa seria a afirmação de que as súmulas vinculantes são uma forma de *transposição do controle de constitucionalidade difuso e para o concentrado*. Lembre-se de que antes de mais nada as súmulas vinculantes impedem os juízes e os Tribunais de realizarem o controle de constitucionalidade difuso, que é exercido pelos juízes de modo concreto e pelos Tribunais de modo abstrato. Assim, a intenção é retirar das instâncias inferiores do Judiciário a possibilidade de controlarem a constitucionalidade das leis, seja em concreto, seja em abstrato, quando já houver o STF editado súmula vinculante sobre a matéria. Observe-se ainda que, com o passar do tempo, o número de súmulas vinculantes será cada vez maior, fazendo com que o controle de constitucionalidade difuso pelos juízes e Tribunais seja cada vez mais raro e o número de reclamações no STF cada vez maior.

Todavia, em que pese as súmulas vinculantes *fecharem* o campo de controle de constitucionalidade difuso e concreto, restringindo substancialmente a possibilidade de *reconstrução democrática* da Constituição, seus efeitos podem ser atenuados e ela pode até mesmo tornar-se compatível com o sistema democrático se o seu procedimento de edição, revisão e cancelamento apresentado pelo art. 103-A e §§ e regulamentado pela Lei nº. 11.417/2006 for interpretado e aplicado

¹²⁵¹ VIEIRA, Renato Stanzola, **Jurisdição constitucional brasileira e os limites de sua legitimidade democrática...**, p. 63.

¹²⁵² **Nova Lei das Súmulas Vinculantes:** estudos e comentários à Lei 11.417 de 19.12.2006. São Paulo: Método, 2007, p. 13.

conforme os ditames do Estado Democrático de Direito. Sob essa perspectiva, finaliza-se a abordagem da questão fazendo três apontamentos: um sobre a edição, um sobre o processo de revisão e cancelamento da súmula vinculante e outro sobre a sua aplicação.

Primeiro, quanto à edição, deve-se observar que se, de fato, as súmulas vinculantes forem frutos de *reiteradas* decisões do STF no mesmo sentido sobre matéria na qual persista a existência de grave controvérsia, elas não devem ser encaradas como um *fechamento* da interpretação constitucional, mas como um mecanismo de uniformização da interpretação da Constituição que é, sim, fundamental para a segurança jurídica e para a isonomia dos jurisdicionados, bem como para a eficiência da justiça. Assim, se por um lado não se pode admitir que diante de causas idênticas, com idêntico suporte fático, os cidadãos recebam tratamento jurisdicional diferenciado, por outro, também não é possível que o STF substitua o legislador e, a partir de umas poucas decisões que não refletem um verdadeiro amadurecimento da jurisprudência da Corte, edite enunciados vinculantes. Por isso, entende-se que a súmula vinculante é uma exigência do sistema constitucional desde que representem o posicionamento consolidado de uma matéria pelo STF e visem à extinção de controvérsias sobre a questão nos órgãos jurisdicionais inferiores e na Administração Pública, o que não vem acontecendo, uma vez que a edição de algumas súmulas vinculantes tem se baseado em apenas três ou quatro precedentes, não refletindo um verdadeiro amadurecimento da jurisprudência do STF, ou sendo elaboradas de modo casuístico, como aconteceu com a súmula vinculante nº. 11, que versa sobre o uso das algemas, e a súmula vinculante nº. 13, que trata do nepotismo¹²⁵³.

Todavia, para que a súmula vinculante não seja fruto da *sociedade fechada dos intérpretes* da Constituição, é fundamental promover também a participação

¹²⁵³ Apenas a título de curiosidade, até a presente data foram publicadas 24 súmulas vinculantes. A **Súmula nº. 1** conta com **3** precedentes, a **Súmula nº. 2** com **6** precedentes, a **Súmula nº. 3** com **4** precedentes, a **Súmula nº. 4** com **7** precedentes, a **Súmula nº. 5** com **4** precedentes, a **Súmula nº. 6** com **12** precedentes, a **Súmula nº. 7** com **8** precedentes, a **Súmula nº. 8** com **6** precedentes, a **Súmula nº. 9** com **7** precedentes, a **Súmula nº. 10** com **6** precedentes, a **Súmula nº. 11** com **4** precedentes, a **Súmula nº. 12** com **12** precedentes, a **Súmula nº. 13** com **5** precedentes, a **Súmula nº. 14** com **7** precedentes, a **Súmula nº. 15** com **8** precedentes, a **Súmula nº. 16** com **6** precedentes, a **Súmula nº. 17** com **8** precedentes, a **Súmula nº. 18** com **3** precedentes, a **Súmula nº. 19** com **17** precedentes, a **Súmula nº. 20** com **3** precedentes, a **Súmula nº. 21** com **15** precedentes, a **Súmula nº. 22** com **4** precedentes, a **Súmula nº. 23** com **7** precedentes e a **Súmula nº. 24** com **6** precedentes. Assim, a média de precedentes necessários para a edição de uma súmula vinculante tem sido exatamente sete precedentes por súmula.

democrática no processo de elaboração do texto da súmula vinculante, possibilidade que já foi prevista pelo art. 3º, § 2º da Lei nº. 11.417/2006, o qual autoriza a intervenção de terceiros na qualidade de *amicus curiae* nos procedimentos que discutem a edição de súmulas vinculantes.

Porém, para além da oportunidade da súmula vinculante nascer de um procedimento mais democrático, para que a súmula não represente um verdadeiro engessamento definitivo da interpretação da Constituição, isto é, para que a interpretação feita pelo STF sobre a Constituição não seja cristalizada no tempo e no espaço, é preciso que seu enunciado esteja disponível à revisão e ao cancelamento mediante um procedimento democrático. Nesse sentido, Eduardo Talamini explica que a súmula vinculante é

“... até mais flexível, sob esse aspecto, do que os demais instrumentos do controle direto tendo em vista seus efeitos específicos. Se na ação direta de inconstitucionalidade, na ação declaratória de constitucionalidade e na arguição de descumprimento decide-se pela inconstitucionalidade do ato normativo (na forma tradicional, i. e., com redução de texto), a disposição declarada inconstitucional é removida do ordenamento. A partir daí como já indicado – não é mais possível rever o anterior juízo de inconstitucionalidade, pois não cabe a reprecinação da norma já excluída do sistema. Já na hipótese de súmula vinculante, como não se tem propriamente com ela a declaração direta da inconstitucionalidade, mas apenas a aposição da força vinculante ao entendimento no sentido da inconstitucionalidade estabelecida em reiteradas decisões, é possível mesmo nessa hipótese uma posterior revisão.

Mais ainda: em certo sentido é mais fácil provocar-se a revisão de uma súmula do que pretender-se superar um entendimento consolidado do sistema dos ‘recursos em massa’. Se por uma lado a revisão ou cancelamento é destinada a um rol restrito de legitimados, por outro assegura-se que haverá um procedimento próprio e específico. Já a tentativa de apresentação de tese nova em recurso que versa sobre questão reiterativa no Tribunal, tende a perde-se no mar de recursos sobre o tema.”¹²⁵⁴

A oportunidade de revisar o enunciado da súmula vinculante, e até mesmo de cancelá-lo, demonstra que a interpretação da Constituição feita pelo STF – em um processo aberto e democrático – que culmina no enunciado vinculante, não é uma interpretação *fechada*, mas uma interpretação que está aberta à revisão e à *reconstrução*, viabilizando, dessa maneira, que a súmula acompanhe a dinâmica do tempo e a evolução da própria interpretação constitucional.

A par disso, não se pode esquecer que a própria súmula vinculante, como um enunciado normativo, é objeto de interpretação e *reconstrução*. No processo de aplicação da súmula vinculante ao caso concreto o juiz não tem como fugir da tarefa de interpretá-la, por mais objetivo, preciso e claro que seja o seu enunciado. Assim,

¹²⁵⁴ TALAMINI, Eduardo. **Jurisdição Constitucional...**, p. 126-127.

como toda a aplicação da súmula vinculante também implica uma interpretação, esta deve comprometer-se com a eficácia, com a segurança jurídica e, principalmente, com a isonomia, o que só é possível quando o caso concreto possui identidade fática e jurídica com os precedentes que originaram a súmula. Por essa razão, não basta que os juízes e Tribunais conheçam o texto da súmula vinculante, uma aplicação justa, isonômica e eficaz só se realiza com o conhecimento da íntegra de seus precedentes.

Por isso, ao passo que uma interpretação expansiva do precedente, associando fatos que não se compatibilizam, pode criar um engessamento do direito e gerar injustiças, também uma aplicação indiscriminada da hipótese de *distinguishing*¹²⁵⁵, através da restrição excessiva da interpretação dos precedentes, pode violar a isonomia, a segurança jurídica e a eficácia, impedindo que aqueles que se encontram sob a mesma situação recebam tratamento idêntico, provocando insegurança do cidadão quanto à postura do Poder Judiciário e incentivando a utilização de Reclamações que tornarão a justiça mais morosa e menos eficaz.¹²⁵⁶

Nesse sentido é que as lições do sistema de aplicação de precedentes do *commun law* são ferramentas de grande utilidade para a garantia de um sistema de aplicação de precedentes que realmente alcance o seu objetivo: a eficácia, a segurança jurídica e a isonomia. Além disso, a possibilidade de o juiz ou de o Tribunal fazer tal análise do cabimento da súmula vinculante é uma forma de estender novamente para as instâncias inferiores do Poder Judiciário a interpretação da Constituição. Isso não significa que a súmula perdeu seu efeito vinculante, mas significa que a súmula somente vinculará quando o juiz ou Tribunal reconhecer o seu cabimento para o caso em exame.

Portanto, se em um primeiro momento a súmula vinculante *fecha* a interpretação e reduz o campo do controle de constitucionalidade difuso e concreto,

¹²⁵⁵ O *distinguishing* é uma espécie de interpretação restritiva do precedente capaz de criar uma exceção a sua regra. A aplicação do *distinguishing* ocorre quando o caso concreto é semelhante ao precedente e a regra jurídica aplicável ao precedente também poderia ser aplicada ao caso concreto em análise. Contudo, existe no precedente uma lógica ou fundamentação que não é compatível com as particularidades do caso concreto. De acordo com Patrícia Perrone Campos Mello são hipóteses de *distinguishing*: “a) a constatação da existência, no caso a ser decidido, de especificidades que justificam o tratamento diferenciado do problema; b) o conflito do julgado anterior com normas derivadas de outros precedentes vinculante, ensejando a limitação da sua aplicação; e c) o reconhecimento de situações que a corte vinculante claramente não queria abranger quando fixou a regra.” (Operando com Súmulas e Precedentes Vinculantes..., p. 678) Fica evidente, portanto, a importância das peculiaridades do caso concreto para a aplicação do precedente.

¹²⁵⁶ MELO, Patrícia Perrone Campos. Idem, Ibidem.

a fim de compatibilizá-la com o sistema democrático é preciso que seu próprio enunciado seja *i)* fruto de um procedimento aberto e democrático, *ii)* que haja a possibilidade de sua revisão e cancelamento, *iii)* que esteja em permanente discussão, possibilitando uma reabertura da interpretação e *iv)* que os juízes e Tribunais interpretem a súmula a partir de um compromisso sério e forte com a segurança jurídica, com a isonomia e a eficiência da justiça. Por esse caminho, um instituto que a primeira vista *fecha* a interpretação da Constituição pode tornar-se um instrumento de *reconstrução* da Constituição que assegura outros valores fundamentais tão importantes quanto a democracia e sem os quais ela não se concretiza, como a segurança jurídica, a isonomia e eficiência.

Mas, além da súmula vinculante, a EC nº. 45/2004 buscou a racionalização dos trabalhos do STF por intermédio da criação da repercussão geral. O novo requisito exigido para a admissibilidade do recurso extraordinário – principal instrumento de controle de constitucionalidade difuso pelo STF – tem como função precípua reduzir o número destes recursos, tornando os trabalhos do STF mais dinâmicos, eficientes e, principalmente, focados na questão constitucional. Com a introdução desse novo instrumento foi inevitável a comparação com a arguição de relevância do regime constitucional anterior. No entanto, as semelhanças entre os dois institutos restringem-se à tentativa de filtrar os recursos extraordinários que chegam ao STF. Nesse sentido, Luiz Guilherme Marinoni e Daniel Francisco Mitidiero ensinam que:

“Nada obstante tenham a mesma função de ‘filtragem constitucional’, a arguição de relevância de outrora e a repercussão geral não se confundem. A começar pelo desiderato: enquanto a arguição de relevância funcionava como instituto que visava a possibilitar o conhecimento deste ou daquele recurso extraordinário *a priori* incabível, funcionando como um instituto central inclusiva, a repercussão geral visa a excluir do conhecimento do Supremo Tribunal Federal controvérsias que assim não se caracterizem. Os próprios conceitos de repercussão geral e arguição de relevância não se confundem. Enquanto este está focado fundamentalmente no conceito de relevância, aquele exige, para além da relevância, a transcendência da questão debatida.”¹²⁵⁷

Como lembra Luís Roberto Barroso, entendia-se que a arguição de relevância possuía natureza política, o que possibilitava que as decisões a seu respeito fossem tomadas em sessões administrativas secretas e com ausência de fundamentação. Já a repercussão geral é um instituto jurídico que, de acordo com

¹²⁵⁷ **Repercussão Geral no Recurso Extraordinário.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 30-31.

os ditames do Estado Democrático de Direito definidos pela Constituição de 1988, não pode ser dissociado da publicidade e da fundamentação das decisões (art. 93, inc. IX).¹²⁵⁸

Assim, apesar de o STF poder recusar-se a julgar um recurso extraordinário com fundamento em qualquer outro requisito de admissibilidade, como, por exemplo, a ausência de prequestionamento, o reconhecimento da existência ou ausência de repercussão geral somente será legítimo quando a decisão apresentar razões explícitas e devidamente fundamentadas, uma vez que essa é a única alternativa compatível com o regime democrático adotado pela Constituição¹²⁵⁹. Tal consideração é relevante na medida em que o dispositivo constitucional que implementou a repercussão geral não especificou quais são os casos em que ocorre a sua incidência, deixando a delimitação da matéria atinente à repercussão geral para ser aferida pelo STF em cada caso¹²⁶⁰.

Como o objetivo da repercussão geral é evitar que o STF fique sobrecarregado com inúmeras questões repetidas e de menor importância, seus requisitos são a *relevância* e a *transcendência* da questão suscitada. Dispõe o art. 543-A, § 1º do CPC: “A questão debatida [em recurso extraordinário] tem de ser *relevante* do ponto de vista econômico, político, social ou jurídico, além de *transcender* para além do interesse subjetivo das partes da causa.” (grifou-se). De acordo com Barroso isso permitiria “... a produção de julgamentos mais cuidadosos e dotados de maior visibilidade, fomentando o debate democrático em torno das decisões do próprio papel desempenhado pela Corte.”¹²⁶¹

¹²⁵⁸ BARROSO, Luís Roberto. **O controle de constitucionalidade no direito brasileiro...**, p. 98.

¹²⁵⁹ Barroso destaca-se, no entanto, que a fundamentação exigida para verificação de repercussão geral não precisa ser exaustiva, uma vez que não há qualquer tipo de controle sobre a decisão, o que justifica o elevado quorum para a sua aceitação. (Idem, p. 101).

¹²⁶⁰ Barroso lembra que é uma tendência mundial permitir que os Tribunais Constitucionais elejam as causas que irão julgar. Nesse sentido destaca que nos Estados Unidos, depois de uma série de alterações legislativas, o acesso à Suprema Corte ocorre principalmente através do *writ of certiorari*, que se caracteriza por permitir que o tribunal exerça um juízo de admissibilidade discricionário. O mesmo ocorre na Alemanha, em que o acesso ao Tribunal Constitucional através do cabimento da queixa constitucional também é discricionário, devendo seguir apenas os seguintes critérios “i) significado fundamental jurídico da questão; ou ii) existência de um prejuízo especialmente grave para o recorrente no caso de denegação.” É fundamental destacar ainda que tanto no sistema americano quanto no alemão o Tribunal não está obrigado a justificar publicamente suas razões. (Idem, p. 99).

¹²⁶¹ Idem, p. 100.

A exigência de que o recurso extraordinário traga a discussão uma questão constitucional que *transcenda* os interesses da parte retira o sentido do recurso extraordinário como mecanismo de controle de constitucionalidade difuso e concreto e transforma-o em instrumento de defesa da ordem constitucional, consagrando o entendimento proferido pelo Min. Gilmar Mendes no Processo Administrativo nº. 318.715/STF, o qual culminou na Emenda n.º 12 do RISTF:

“O recurso extraordinário deixa de ter caráter meramente subjetivo ou de defesa de interesses das partes, para assumir de forma decisiva, a função de defesa da ordem constitucional objetiva. Trata-se de orientação que os modernos sistemas de Corte Constitucional vêm conferindo ao recurso de amparo e ao recurso constitucional. (...) A função do Supremo nos recursos extraordinários – ao menos de modo imediato – não é de resolver litígios de fulano ou beltrano, nem o de revisar todos os pronunciamentos das Cortes inferiores. O processo entre as partes trazido à Corte via recurso extraordinário, deve ser visto apenas como pressuposto para uma atividade jurisdicional que *transcende* os interesses subjetivos.” (grifou-se)

Assim, a exigência de *transcendência* da repercussão geral faz com que a questão da constitucionalidade nos recursos extraordinários seja analisada em abstrato, para somente na sequência ser aplicada ao caso concreto. Explica-se: como a repercussão geral exige que o recurso extraordinário apresente uma questão constitucional que *transcenda* o interesse das partes, essa questão constitucional será analisada em abstrato, dissociada dos interesses intersubjetivos em jogo no recurso extraordinário. Somente depois de o STF adotar uma posição, em tese, sobre a existência ou ausência da repercussão geral, é que haverá o julgamento do caso concreto.

Logo, o procedimento de julgamento do recurso extraordinário é dividido em duas etapas: na primeira extrai-se a questão constitucional passível de repercussão geral do caso concreto e faz-se sua apreciação em abstrato, em tese; na segunda, aplica-se o resultado do julgamento sobre a existência ou não da repercussão geral ao caso concreto trazido pelo recurso extraordinário. Tal sistemática de análise do recurso extraordinário, imposta pela exigência de uma repercussão geral que *transcenda* os interesses intersubjetivos da parte, é mais um indicativo de que o controle de constitucionalidade concreto vem perdendo espaço no controle de constitucionalidade brasileiro em nome da eficiência e da economicidade.

Portanto, além criar uma etapa de análise em abstrato no recurso extraordinário, a repercussão geral restringe o âmbito do controle difuso, já que impede que o STF aprecie causas originárias das instâncias inferiores, funcionando

como um filtro recursal. Assim, a repercussão geral traz duas modificações para o controle de constitucionalidade difuso e concreto: *i)* cria mais uma hipótese em que o controle de constitucionalidade é difuso, porém, feito de modo abstrato e *ii)* restringe o campo de atuação do controle difuso ao impedir o acesso ao STF.

As transformações que a repercussão geral trouxe para o controle de constitucionalidade difuso e concreto (transformando-o em abstrato, quando em recurso extraordinário, e restringindo o seu campo de atuação) dão ensejo a uma grande polêmica. Por um lado, pode-se arguir que a justiça somente se realiza através de procedimentos céleres e eficazes, por outro, é possível defender que a restrição ao controle difuso e concreto dificulta o acesso à justiça e torna o controle de constitucionalidade menos democrático. Ainda, a questão da isonomia pode ser levantada por duas perspectivas: *i)* pode-se entender que a repercussão geral garante que todos os casos que discutem a mesma questão constitucional receberão exatamente o mesmo tratamento (uma vez que a análise da existência da repercussão geral é feita em abstrato) garantindo assim a isonomia e segurança jurídica para todos os cidadãos; ou, *ii)* pode-se entender que a repercussão geral ao ser analisada em abstrato desconsidera as particularidades do caso concreto, violando a ideia básica do tratamento isonômico: aqueles que estão em condições diferentes devem receber tratamento diferente.

O conflito entre as perspectivas é polêmico e extenso, ultrapassando o objetivo desse trabalho, que é tão-somente investigar se as transformações do controle difuso e concreto de constitucionalidade apontam para o *fechamento* da jurisdição constitucional. Contudo, não se pode deixar de mencionar a importância que as discussões em torno dessas questões têm para a concepção de um modelo de controle de constitucionalidade compatível com o Estado Democrático de Direito, isto é, de um controle de constitucionalidade democrático que sirva para a tutela plena e efetiva dos direitos fundamentais de todos os gêneros.

Por isso, não se pode descartar automaticamente a repercussão geral para os recursos extraordinário e tampouco é possível aplicá-la sem uma reflexão crítica profunda. A repercussão geral possui uma função muito relevante para a melhora dos trabalhos do STF, pois, há de se concordar que não se faz justiça com julgamentos lentos e ineficazes. Contudo, a repercussão geral só trará benefícios verdadeiros se sua apreciação estiver absolutamente comprometida com a tutela

dos direitos fundamentais, os quais são *naturalmente transcendentais*, uma vez que a defesa do direito fundamental de um cidadão não interessa apenas ao indivíduo lesado, mas a toda sociedade¹²⁶². Diferentemente se passa, por exemplo, nas matérias processuais e naquelas cujo princípio da legalidade é nuclear, como é o caso das questões tributárias e algumas questões que envolvem a Administração Pública. Nessas hipóteses, a repercussão geral terá uma função essencial, eficaz e compatível com a tutela dos direitos fundamentais. Com isso, percebe-se que o *fechamento* do controle de constitucionalidade difuso e concreto provocado pela repercussão geral é uma espécie de “mal necessário” que poderá trazer grandes benefícios se manejados de forma adequada e estiver sempre aberta à *reconstrução* da Constituição comprometida com os direitos fundamentais.

Para além das alterações legislativas e constitucionais, também a jurisprudência do STF tem produzido inovações no âmbito do controle de constitucionalidade difuso que merecem extrema atenção da comunidade jurídica, uma vez que visam ao fortalecimento do controle abstrato e concentrado através do *fechamento* das hipóteses de controle difuso e concreto.

O recurso extraordinário, por exemplo, – principal instrumento de controle de constitucionalidade difuso e concreto –, assumiu nos últimos anos uma nova função dentro do controle de constitucionalidade brasileiro¹²⁶³. Tradicionalmente, o recurso extraordinário é instrumento do controle de constitucionalidade difuso e concreto, uma vez que traz ao STF questões constitucionais arguidas dentro de um processo subjetivo oriundo das instâncias inferiores do Poder Judiciário. Assim, em

¹²⁶² Renato Stanzola Vieira ressalta que a repercussão geral pode ser uma ameaça para o conhecimento de recurso extraordinário em matéria penal, uma vez que é difícil convencer o juiz da existência da *transcendência* da discussão quando se tem em jogo um direito fundamental individual, por mais grave que seja a violação à Constituição. Assim, adverte o que “Normalmente, hipóteses de Recurso Extraordinário em âmbito penal, diga-se, vêm em defesa dos direitos fundamentais, o que torna também essa ‘objetivação do controle difuso de constitucionalidade’, bastante criticável.” (**Jurisdição constitucional brasileira e os limites de sua legitimidade democrática...**, 246) Por essa razão, entende que é fundamental que a interpretação do requisito da *transcendência* inclua a hipótese de ameaça ou lesão a direitos fundamentais, independentemente de ultrapassar os interesses subjetivos da causa. Embora a preocupação do autor seja absolutamente pertinente, entende-se que ela é desnecessária tendo em vista que a defesa do direito fundamental à ampla defesa ou à progressão de regime de um réu no processo penal, por exemplo, não é de interesse exclusivo daquele indivíduo, mas de toda a sociedade.

¹²⁶³ É preciso dizer que o novo perfil do recurso extraordinário foi tratado de forma pioneira por Fredie Didier Júnior em um artigo intitulado *Transformações do Recurso Extraordinário*, publicado em **Processo e Constituição. Estudos em homenagem a professor José Carlos Barbosa Moreira**. FUX. Luiz; NERY JÚNIOR, Nelson; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (coord.). São Paulo: RT, 2006.

virtude de a inconstitucionalidade ser suscitada a partir de um caso concreto, os efeitos produzidos pela decisão do STF terão alcance *inter partes* e não poderão vincular a atuação dos demais juízes e Tribunais.

Contudo, em razão da tendência de fortalecimento do controle de constitucionalidade abstrato e concentrado, o recurso extraordinário passou a ser visto como um mecanismo de defesa da ordem constitucional, não devendo mais atender os interesses subjetivos das partes. Como visto acima, esse posicionamento sobre recurso extraordinário teve origem na jurisprudência do STF e foi consagrado na legislação através da exigência de repercussão geral, tema já analisado.

Por isso, quer-se chamar a atenção agora para a possibilidade de o STF dispensar um requisito clássico do recurso extraordinário: o prequestionamento. No julgamento (unânime) do Agravo de Instrumento nº. 375.011/RS em 2003¹²⁶⁴, a Ministra Relatora Ellen Gracie conheceu um recurso extraordinário que não estava devidamente prequestionado e, portanto, não poderia ter sido apreciado pelo STF. A Ministra argumentou que o recurso deveria ser apreciado para dar efetividade para o posicionamento do STF sobre a questão constitucional arguida. Além disso, lembrou que o recurso extraordinário não deveria servir apenas para atender o interesse subjetivo das partes. De acordo com a Ministra "... o Supremo Tribunal Federal, em recentes julgados, vem dando mostras de que o papel do recurso extraordinário na jurisdição constitucional está em processo de redefinição, de modo a conferir maior efetividade às decisões". Por essa razão, defende a tese levantada pelo Ministro Gilmar Mendes no RE nº. 376.852/SC de que o recurso extraordinário deve ter caráter objetivo para racionalizar a efetividade da prestação jurisdicional.

Vale destacar que no RE nº. 376.852/SC o Ministro Gilmar Mendes deixa claro que considera essa transformação do recurso extraordinário um verdadeiro avanço, uma vez que aproxima o recurso extraordinário de instrumentos utilizados nos mais modernos sistemas de controle de constitucionalidade, como o recurso de

¹²⁶⁴ "1. Decisão agravada que apontou a ausência de prequestionamento da matéria constitucional suscitada no recurso extraordinário, porquanto a Corte *a quo* tão-somente aplicou a orientação firmada pelo seu Órgão Especial na ação direta de inconstitucionalidade em que se impugnava o art. 7º da Lei 7.428/94 do Município de Porto Alegre - cujo acórdão não consta do traslado do presente agravo de instrumento -, sem fazer referência aos fundamentos utilizados para chegar à declaração de constitucionalidade da referida norma municipal.

2. Tal circunstância não constitui óbice ao conhecimento e provimento do recurso extraordinário, pois, para tanto, basta a simples declaração de constitucionalidade pelo Tribunal *a quo* da norma municipal em discussão, mesmo que desacompanhada do aresto que julgou o *leading case*." (AI-AgR nº. 375011/RS. Relª. Minª. Ellen Gracie. Julgado em 05.out.2004).

amparo do sistema alemão. Ressalta ainda que até mesmo nos Estados Unidos, matriz do controle de constitucionalidade difuso, as decisões proferidas pela Suprema Corte possuem relevância que transcende ao mero interesse das partes¹²⁶⁵.

Outro acórdão que deve ser mencionado, quando se trata das transformações do recurso extraordinário, é o proferido no RE nº. 298.694/SP de Relatoria do Ministro Sepúlveda Pertence. Na ocasião do julgamento do referido recurso, o STF decidiu a questão constitucional com fundamento diverso daquele utilizado pelo Tribunal recorrido, ou seja, conheceu um recurso extraordinário com *causa de pedir aberta*, o que só era possível em controle de constitucionalidade concentrado e abstrato¹²⁶⁶.

Resta evidente, portanto, a intenção de transformar o recurso extraordinário em um instrumento de controle de constitucionalidade abstrato, que embora alcance o STF pela via difusa, terá a questão constitucional analisada em abstrato. Essa tendência não causa espanto, uma vez que não é de hoje que o recurso extraordinário tem como objeto a interpretação da norma constitucional, sendo vedada a sua utilização para análise de matéria de fato, tal como o reexame probatório¹²⁶⁷.

Assim, a questão que surge quando se defende que o recurso extraordinário é instrumento de defesa da ordem constitucional, e não dos interesses das partes, é saber se, uma vez feita a análise em abstrato do recurso extraordinário, serão os seus efeitos os mesmos do regime do controle abstrato, isto é, se serão seus efeitos *erga omnes* e vinculantes independente da atuação do Senado Federal. A questão não foi respondida com clareza pelo STF, porém, como será visto a seguir já foi

¹²⁶⁵ Nesse sentido, explica que "... a Corte Suprema americana não se ocupa da correção de eventuais erros das Cortes ordinárias. Em verdade, com o Judiciary Act de 1925 a Corte passou a exercer um pleno domínio sobre as matérias que deve ou não apreciar (...) Ou, palavras do Chief Justice Vinson, 'para permanecer efetiva, a Suprema Corte deve continuar a decidir apenas os casos que contenham questões cuja resolução haverá de ter importância imediata para além das situações particulares e das partes envolvidas.'" (RE nº. 376.852/SC, Min.Rel. Gilmar Mendes. Julgado em 27.mar.2003).

¹²⁶⁶ No julgamento de uma ação do controle de constitucionalidade concentrado e abstrato o STF não está vinculado aos fundamentos ou à causa de pedir formulada pelo impetrante. Assim, pode analisar a constitucionalidade diante de todos os artigos da Constituição, o que não é permitido em sede de controle de constitucionalidade difuso e concreto.

¹²⁶⁷ É o que afirma a famosa Súmula 279 do STF: "Para simples reexame de prova não cabe recurso extraordinário."

suscitada em sede de outra ação própria do controle de constitucionalidade difuso: o *habeas corpus*.

A regra de que em sede de controle de constitucionalidade difuso só seria possível a produção de efeitos *erga omnes* a partir da Resolução do Senado Federal foi quebrada no julgado da Reclamação nº. 4335-3/AC. Antes de analisar a posição adotada por alguns Ministros do STF, é necessário lembrar que a doutrina já vinha se mostrando contrária à regra do art. 52, inc. X. Nesse sentido, Luís Roberto Barroso afirmou que:

“A verdade é que, com a criação da ação genérica de inconstitucionalidade, pela EC n. 16/65, e com o contorno dado à ação direta pela Constituição de 1988, essa competência atribuída ao Senado tornou-se um anacronismo. Uma decisão do Pleno do Supremo Tribunal Federal, seja em controle incidental ou em ação direta, deve ter o mesmo alcance e produzir os mesmos efeitos. Respeitada a razão histórica da previsão constitucional quando de sua instituição em 1934, já não há mais lógica razoável em sua manutenção.”¹²⁶⁸

O mesmo posicionamento é compartilhado por Gilmar Ferreira Mendes, para quem a competência do Senado Federal permaneceu na Constituição de 1988 apenas por uma razão histórica. Assim, questiona o autor:

“Se o Supremo Tribunal pode, em ação direta de inconstitucionalidade, suspender, liminarmente, a eficácia de uma lei, até mesmo de uma Emenda Constitucional, por que haveria a declaração de inconstitucionalidade, proferida em controle incidental, valer tão-somente para as partes? A única resposta plausível indica que o instituto da suspensão pelo Senado de execução da lei declarada inconstitucional pelo Supremo assenta-se hoje em razão de índole exclusivamente teórica.”¹²⁶⁹

A Reclamação nº. 4335-5/AC foi impetrada para garantir que a autoridade da decisão do STF no HC nº. 82.952/SP, que declarou inconstitucional a proibição de progressão de regime nos crimes hediondos. Portanto, trata-se de uma Reclamação *que visava garantir a autoridade de decisão proferida em controle de constitucionalidade difuso*. Aceitar uma Reclamação nessa hipótese é o mesmo que afirmar que controle de constitucionalidade difuso produz efeitos *erga omnes* mesmo sem a manifestação do Senado Federal.

Foi esse o sentido da manifestação dos Ministros Gilmar Mendes e Eros Grau ao dizer que o art. 52, inc. X teria sofrido uma verdadeira *mudança constitucional*. De acordo com o Ministro Gilmar Mendes, a expansão da

¹²⁶⁸ MENDES, Gilmar Ferreira, O controle incidental de normas no direito brasileiro..., p. 111.

¹²⁶⁹ MENDES, Gilmar Ferreira, Idem, p. 394.

legitimidade para o controle de constitucionalidade abstrato e concentrado, bem como a concessão de efeito vinculante para suas decisões, restringiu o alcance do controle de constitucionalidade difuso e inseriu a competência reservada ao Senado Federal em uma concepção de separação de poderes já ultrapassada. Por isso, seria legítimo entender que a decisão do STF em controle difuso produz efeitos *erga omnes*, cabendo ao Senado apenas publicar essa decisão¹²⁷⁰.

Nessa mesma linha, o Ministro Eros Grau afirmou que, de fato, o art. 52, X teria passado por uma verdadeira mutação constitucional, pois a decisão proferida no HC nº. 82.952/SP continha força normativa suficiente para suspender a execução da lei declarada inconstitucional. Nas palavras do Ministro:

“Obsoleto o texto que afirma ser da competência privativa do Senado Federal a suspensão da execução, no todo ou em parte, de lei declarada inconstitucional por decisão definitiva do Supremo Tribunal Federal, nele se há de ler, por força da mutação constitucional, que compete ao Senado Federal dar publicidade à suspensão da execução, operada pelo Supremo Tribunal Federal, de lei declarada inconstitucional, no todo ou em parte, por decisão definitiva do Supremo.”¹²⁷¹

Contudo, esse não foi o entendimento dos Ministro Sepúlveda Pertence, para quem a competência do art. 52 inc. X reservada ao Senado Federal realmente tem se tornado obsoleta, porém não seria possível suprimi-la através do que chamou de um “projeto de decreto de mutação constitucional”. Ainda, lembrou o Ministro que a aplicação da súmula vinculante dispensaria a intervenção do Senado, por isso seria desnecessário reduzi-lo a um órgão de publicidade¹²⁷².

Compartilhou desse entendimento o Ministro Joaquim Barbosa, que aduziu ainda que *não se trata de um caso de autêntica mutação constitucional*, pois, para tanto, seria necessária a adição de dois fatores: o decurso de um espaço de tempo maior para verificação da mutação e o consequente e definitivo desuso do

¹²⁷⁰ Informativo n.º 454, Brasília, 1º e 2 de fevereiro de 2007.

¹²⁷¹ Voto proferido pelo Ministro Eros Graus na Reclamação 4335-5/AC. Disponível em: <<http://www.stf.gov.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=69653&caixaBusca=N>> É interessante notar que já prevendo as críticas da doutrina, o Ministro faz a seguinte afirmação sobre o papel do Supremo Tribunal Federal: “Sucedee que estamos aqui não para caminhar seguindo os passos da doutrina, mas para produzir o direito e reproduzir o ordenamento. Ela nos acompanhará, a doutrina. Prontamente ou com alguma relutância. Mas sempre nos acompanhará, se nos mantivermos fiéis ao compromisso de que se nutre a nossa legitimidade, o compromisso de guardamos a Constituição. O discurso da doutrina [= discurso sobre o direito] é caudatário do nosso discurso, o discurso do direito. *Ela nos seguirá; não o inverso.*”

¹²⁷² Informativo n.º. 463, Brasília, 16 a 20 de abril de 2007

dispositivo. Finalizou dizendo que a proposta nega a literalidade do texto e não segue a recomendada postura de autorrestrição¹²⁷³.

A questão gera inúmeras e profundas controvérsias, uma vez que implica reconhecer que o Senado Federal passa a ter competência extremamente reduzida e distinta daquela prevista pela Constituição para o controle de constitucionalidade difuso. No entanto, o que se pretende ressaltar aqui é que conceber o Senado Federal apenas como órgãos de publicidade das decisões proferidas pelo STF em controle difuso é o mesmo que afirmar que os efeitos produzidos por suas decisões não são mais *inter partes*, mas sim *erga omnes*.

Assim, uma eventual alteração da competência do Senado Federal encobriria uma outra alteração substancial do controle difuso, que passaria a ter decisões com efeitos *erga omnes* e vinculantes. É isso, na realidade, o que quer dizer o Ministro Eros Grau quando afirma que a decisão possui “força normativa suficiente” para se estender para todos os demais órgãos do Judiciário, sendo cabível inclusive a Reclamação em caso de inobservância de seu conteúdo. Portanto, a modificação da competência do Senado resultaria em um novo controle de constitucionalidade difuso, capaz de produzir efeitos *erga omnes* e vinculantes tal como o controle concentrado e abstrato.

Todavia, entende-se que a proposta de mutação constitucional do art. 52, inc. X é absolutamente descabida. Como já dito toda *reconstrução* da norma constitucional que implique mutação não pode ignorar completamente a redação do texto da norma. Nesse sentido é a lição doutrinária do próprio Ministro Gilmar Mendes: “... uma coisa é atribuírem-se, criativamente, significados ou sentidos às regras de direito, e outra, bem distinta, é desconstruí-las, mas, ainda assim, dizer que isso é *interpretação*”¹²⁷⁴. Por isso, complementa o Ministro dizendo que quando um juiz interpreta além da norma, ele *mata o legislador*¹²⁷⁵, ou, em outras palavras, ele mata a própria democracia.

No entanto, o que interessa afirmar nesse momento é que caso a competência do Senado Federal disposta no art. 52, inc. X da Constituição viesse a ser alterada por emenda constitucional, o controle difuso e concreto estaria

¹²⁷³ Idem.

¹²⁷⁴ **Curso de Direito Constitucional...**, p. 92.

¹²⁷⁵ Idem, Ibidem.

praticamente extinto do STF, uma vez que as demandas que alcançam o STF pela via difusa seriam reduzidas cada vez mais, sendo que as que alcançassem produziram efeitos *erga omnes* e *vinculantes* desde logo, inutilizando a súmula vinculante.

Deve-se observar, no entanto, que tais efeitos são legítimos no controle de constitucionalidade abstrato e concentrado porque decorrem de uma análise em tese da questão constitucional, sendo-lhe garantida legitimidade democrática em virtude da própria natureza do rol de legitimados e da possibilidade de a sociedade participar da interpretação constitucional através de mecanismos como o *amicus curiae* e as audiências públicas. O mesmo não se passa no controle de constitucionalidade difuso, cuja questão constitucional é examinada dentro de um caso concreto levado ao STF por um particular, sendo ainda controversa a participação de *amicus curiae* e inexistente o debate sobre a possibilidade de convocação de audiências públicas, razões pelas quais os efeitos da decisão são *inter partes*, pois, caso contrário, a decisão careceria de legitimidade democrática e feriria o princípio da isonomia.

É com esse raciocínio – da ausência de legitimidade democrática das decisões de controle difuso para produzir efeitos *erga omnes* – que Lênio Streck, Marcelo Cattoni e Martônio Lima justificam a atual competência do Senado Federal:

“... o modelo de participação democrática no controle difuso também se dá, de forma indireta, *pela atribuição constitucional deixada ao Senado Federal*. Excluir a competência do Senado Federal – ou conferir-lhe apenas um caráter de tornar público o entendimento do Supremo Tribunal Federal – significa reduzir as atribuições do Senado Federal à de uma secretaria de divulgação intra-legislativa das decisões do Supremo Tribunal Federal; *significa, por fim, retirar do processo de controle difuso qualquer possibilidade de chancela dos representantes do povo deste referido processo*, o que não parece ser sequer sugerido pela Constituição da República de 1988.”¹²⁷⁶

Em outras palavras, o Senado, sendo a casa de representação democrática, teria uma importante função no controle de constitucionalidade difuso, sendo impossível concebê-lo como mero órgão de publicidade. Além disso, conceder efeitos *erga omnes* e *vinculantes* para as decisões de controle difuso também violaria os princípios constitucionais do devido processo legal, da ampla defesa e do

¹²⁷⁶ STRECK, Lênio Luiz; OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de; LIMA, Martonio Mont'Alverne Barreto. **A nova perspectiva do Supremo Tribunal Federal sobre o controle difuso: mutação constitucional e limites da legitimidade da jurisdição constitucional**. Disponível em: <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=10253>. Acesso em: 10. abr. 2008.

contraditório, já que a decisão seria estendida para todos independente de participação no processo.

Já no que tange à isonomia, não é difícil compreender que uma questão constitucional examinada a partir das particularidades do caso concreto, como ocorre no controle difuso, não pode ser aplicada de forma indiscriminada para todos os demais cidadãos. Se mesmo no caso das súmulas vinculantes, que exigem reiteradas decisões sobre a matéria, é preciso que seja analisada a compatibilidade entre os precedentes que deram origem à súmula e o caso em análise para que não seja violada a isonomia; não se pode aceitar que a inconstitucionalidade declarada a partir de uma decisão isolada em controle difuso produza efeitos *erga omnes* e vinculantes. A inconstitucionalidade proferida em um caso concreto deve ser apenas um guia para a atuação dos demais juízes e Tribunais, pois não há segurança jurídica quando a isonomia é violada.

Por fim, deve-se anotar que de fato a competência do Senado Federal precisa ser repensada¹²⁷⁷, porém, para que o controle de constitucionalidade difuso produza efeitos *erga omnes*, seria necessário reunir as seguintes condições: i) que o STF, em sede de controle de constitucionalidade difuso analisasse a questão constitucional em abstrato, isto é, que o controle difuso realmente funcionasse como um mecanismo de defesa da ordem constitucional, e ii) que, sendo acolhida a primeira condição, seja permitida a participação de *amicus curiae* e a instauração de audiências públicas, quando necessário, como forma de ampliar os debates constitucionais e a legitimidade da decisão.

É verdade que tais condições criariam um controle de constitucionalidade difuso exercido de forma abstrata pelo STF – tal como se passa com o incidente de arguição de inconstitucionalidade nos Tribunais –, entretanto, para garantir a legitimidade democrática e o respeito à isonomia, a concessão de efeitos *erga omnes* para as decisões de controle difuso só poderá ocorrer quando a questão constitucional for examinada em abstrato e quando for permitida a participação de toda a sociedade na interpretação da questão em análise; requisito que pode ser perseguido com a ampliação do emprego do *amicus curiae* e das audiências públicas também no controle de constitucionalidade difuso exercido pelo STF.

¹²⁷⁷ CLÈVE, Clèmerson Merlin. **A fiscalização abstrata da constitucionalidade no direito brasileiro...**, p. 410.

Quanto ao *amicus curiae*, deve-se lembrar que o instituto foi criado e é aplicado no âmbito dos tribunais norte-americanos no controle de constitucionalidade difuso e concreto¹²⁷⁸. No Brasil, a participação do *amicus curiae* no controle de constitucionalidade difuso foi prevista pela Lei nº. 9.868/99, que acrescentou ao art. 482 do CPC os parágrafos 1º, 2º e 3º, no entanto, tal hipótese trata de controle de constitucionalidade *difuso exercido pelos tribunais de modo abstrato*. Assim, seria falsa a afirmação de que os parágrafos do art. 482 prevêm a utilização do *amicus curiae* para o controle de constitucionalidade difuso e *concreto*, tal como ocorre no sistema norte-americano. Tem-se, na realidade, apenas a permissão para que os Tribunais admitam a participação de um *amicus curiae* no controle de constitucionalidade *difuso e abstrato*.

Raciocínio semelhante deve ser aplicado para a previsão de participação de *amicus curiae* no julgamento de análise de repercussão geral e nos procedimentos de edição, revisão e cancelamento de súmula vinculante. A presença ou ausência da repercussão geral será em tese, e não diante das circunstâncias do caso concreto, uma vez que é da natureza da própria repercussão geral extrapolar as peculiaridades do caso em exame, configurando-se como um interesse econômico, político, social ou jurídico que ultrapasse os interesses subjetivos da causa. Da mesma forma a edição, a revisão e o cancelamento de súmula vinculante se desenvolvem em um processo de natureza puramente objetivo, como já destacado acima através da lição de Eduardo Talamini. Por isso, também a manifestação do *amicus curiae* na análise de repercussão geral e dos procedimentos de edição, revisão e cancelamento de súmula vinculante se dão sobre uma questão examinada sob o ponto de vista *abstrato*.

Dessa forma, pode-se concluir que, no sistema de controle de constitucionalidade brasileiro o *amicus curiae* aplica-se exclusivamente ao controle de constitucionalidade *abstrato*, podendo existir tanto na via concentrada quanto na via difusa. Além disso, também através da análise da aplicação do *amicus curiae*,

¹²⁷⁸ “É da tradição do constitucionalismo norte-americano a admissão da figura do *amicus curiae* em processos alçados ao conhecimento da Suprema Corte, quando em discussão grandes questões constitucionais do interesse de toda a sociedade. O ingresso dos *amici curiae* serve, assim, para pluralizar o debate que, no sistema americano, é originariamente travado apenas entre as partes do processo. No âmbito da Suprema Corte norte-americana, a intervenção do *amicus curiae* é prevista na *Rule 37* do Regimento Interno da Corte – *Brief for an Amicus Curiae*” (BINENBOJM, Gustavo, A dimensão do Amicus Curiae no processo constitucional brasileiro – Requisitos, poderes processuais e aplicabilidade no âmbito estadual..., p. 04).

resta evidente que existe no Brasil a tendência de ampliar os mecanismos de controle de constitucionalidade abstrato, o que não significa, necessariamente, o estreitamento do campo de incidência do controle de constitucionalidade difuso, uma vez que a transformação que se verifica neste caso se refere ao modo de análise da constitucionalidade (em concreto ou em tese), e não à concentração da interpretação constitucional nas mãos de um Tribunal Constitucional¹²⁷⁹.

No entanto, o STF já reconheceu a possibilidade de intervenção de *amicus curiae* no controle de constitucionalidade *difuso e concreto* em pelo menos três hipóteses: no julgamento do HC nº. 82.424/RS – caso Ellwanger –, quando alguns ministros chegaram a incorporar em seus votos argumentos do parecer do Professor Celso Lafer juntado ao processo como *amicus curiae*; no julgamento do conflito de competência para o julgamento das ações de indenização por danos morais decorrentes de acidente de trabalho (Ccomp nº. 7204/MG e RE nº. 438.639/MG) e no julgamento do RE nº. 416.827/SC, no qual se discutia o pagamento de pensões por morte pelo INSS.

A utilização de audiências públicas no controle de constitucionalidade difuso – seja ele feito de forma concreta ou abstrata – ainda não entrou em discussão no STF. No entanto, alguns exemplos da Suprema Corte Argentina podem ser inspiradores. No caso Verbistky, que tratava de um *habeas corpus* a favor das pessoas presas nas delegacias da província de Buenos Aires, a Suprema Corte determinou que em sessenta dias deveria ser encontrada uma solução para os menores de idade e enfermos, bem como para as situações que envolviam trato desumano e degradante. Simultaneamente, convocou o Poder Executivo para que fornecesse informações sobre as prisões e criou uma mesa de diálogo em busca de soluções. Já no caso Mendoza, que envolvia os danos ambientais provocados no Rio Matanza-Riachuelo em razão dos poluentes industriais despejados no rio, a Suprema Corte pediu às indústrias poluentes informações sobre o material despejado no rio, solicitou ao Estado que apresentasse “um ordenamento ambiental

¹²⁷⁹ Por isso, o alargamento do controle de constitucionalidade abstrato pode ser acusado de não levar em conta as particularidades de um caso concreto e, com isso, ferir o princípio da isonomia. No entanto, sua ampliação não interfere em questões como o acesso à justiça ou legitimidade democrática da jurisdição constitucional, pois não impede que qualquer cidadão instaure de um incidente de arguição de inconstitucionalidade.

do território” e determinou controle sobre as atividades contaminantes, os quais foram avaliados em uma audiência pública¹²⁸⁰.

Chega-se ao fim da análise do controle de constitucionalidade difuso e o conjunto dos argumentos expostos acima parecem ter resultado numa colcha de retalhos. No entanto, o que é possível extrair da análise dos diversos institutos que tem provocado uma profunda e silenciosa transformação na jurisdição constitucional é que todo o *fechamento* só é legítimo e só se coaduna com a concepção de constituição como uma *norma aberta em permanente reconstrução mediante um processo público de interpretação* se forem resguardadas possibilidades para a sua reabertura democrática. É natural e necessário que o constitucionalismo – no caso, os instrumentos do controle de constitucionalidade difuso que visam à proteção da segurança jurídica, da isonomia e da celeridade – busque por estabilidade, no entanto, o constitucionalismo depende da interação com a democracia – momento de abertura – para não descambar em uma ditadura, dessa forma os instrumentos que visam ao fechamento do controle de constitucionalidade difuso e concreto devem ser acompanhados de mecanismos de abertura, de válvulas de escape para a revisão da decisão da constitucional.

Assim, por exemplo, o efeito vinculante, conferido pelo art. 481, § único, que alcança as decisões de controle difuso deve ser repensado, uma vez que fecha a jurisdição constitucional sem a possibilidade de revisão, decorre de um procedimento dotado de abaixo valor epistêmico e atropela a competência do art. 52, inc. X da Constituição. A situação agrava-se quando tal efeito é fruto da jurisprudência do STF através de uma interpretação criativa – e não *reconstrutiva* – da Constituição. Já a súmula vinculante é o melhor exemplo de como o fechamento por combinar-se com a abertura no âmbito processual, uma vez que está aberta à reconstrução mediante procedimentos democráticos e devolve para os juízes e tribunais inferiores a interpretação de seu próprio enunciado através do seu cotejo com o precedente que a ensejou e o caso concreto em análise.

Uma jurisdição constitucional comprometida com a ampliação dos mecanismos de interpretação pública da Constituição, com a isonomia, a celeridade processual e a segurança jurídica terá sua atividade marcada pela tensão constante entre democracia e constitucionalismo, e é bom que assim seja, uma vez que a

¹²⁸⁰ GARGARELLA, Roberto. **Teoría y Crítica del Derecho Constitucional...**, p. 170-171

opção por um ou por outro ideal coloca todos em risco. Por isso, não é possível fazer uma defesa apaixonado do controle difuso e concreto, afastando todo e qualquer instrumento de fechamento; assim, o que pode e deve ser feito é combinar o fechamento legítimo e imprescindível com novas formas de abertura.

3.3.3 A simultânea importância e insuficiência do processo constitucional para a democracia deliberativa: uma ressalva final

A instauração de uma esfera pública deliberativa no âmbito da jurisdição constitucional tem como principal recurso os aportes processuais, pois é através do processo que os cidadãos entram em contato direto com jurisdição e têm a oportunidade concreta de discutir a interpretação da Constituição, participando de sua reconstrução e contribuindo com informações e perspectivas interpretativas. Contudo, a democratização da jurisdição constitucional, ou seja, a criação de uma jurisdicional que dialoga, presta contas e, acima de tudo, respeita a sociedade e a própria Constituição, revestindo-se de ampla legitimidade, envolve outros aspectos do trabalho jurisdicional que vão muito além do processo.

Assim, falar sobre a legitimidade democrática da jurisdição constitucional, especialmente quando se assume um compromisso com a democracia deliberativa, não é falar apenas dos canais de acesso à jurisdição disponibilizados aos cidadãos através do processo. Outras variantes, como a forma de nomeação dos Ministros que compõem o STF e o aprimoramento do diálogo entre os Poderes, por exemplo, são fundamentais para avaliação da legitimidade democrática da jurisdição constitucional. Contudo, para finalizar esse estudo, serão feitos apenas dois breves apontamentos: um sobre a importância da publicidade dos trabalhos da jurisdição constitucional e outro acerca da argumentação e fundamentação das decisões judiciais; dois temas de suma importância para a democratização da jurisdição constitucional que ganham um peso maior ainda quando se fala da *reconstrução da Constituição mediante um processo público de interpretação* que se desenvolve no bojo de uma *democracia deliberativa*.

Primeiro, quanto à publicidade, é preciso lembrar que em uma República democrática guiada pelos ditames deliberativos não basta a publicidade das

decisões públicas, é fundamental também que os debates sejam públicos, isto é, que a esfera pública esteja de portas abertas, permitindo que todos os cidadãos conheçam os argumentos levados ao debate e forma como este se desenrolou para chegar à decisão. No quesito publicidade, a jurisdição constitucional brasileira tem sido exemplar; além da disponibilização eletrônica da íntegra dos julgados, inclusive dos votos divergentes¹²⁸¹, outros recursos vem sendo utilizados pelo STF para promover uma verdadeira democratização da jurisdição constitucional, integrando a esfera pública judicial e os cidadãos dos quatro cantos do país. Assim, a transmissão ao vivo das sessões de julgamento pela TV Justiça¹²⁸² e pela Rádio Justiça¹²⁸³ tem substituído progressivamente a antiga ideia de um Tribunal encerrado em uma torre de marfim por um Tribunal que discute e decide em uma torre de vidro. Recentemente, as sessões do STF foram disponibilizadas no popular *You Tube*, possibilitando que os cidadãos acessem os vídeos de antigos julgamentos realizados pela Corte.

No entanto, como em toda democracia, nada está livre de críticas e oposições, assim também não estaria a ampla publicidade dos julgamentos do STF. O ex-Ministro do STF, Carlos Velloso, por exemplo, defendeu em artigo publicado no jornal *Folha de São Paulo* que as sessões da TV Justiça fossem transmitidas somente após uma edição, a fim de evitar a transmissão de debates mais acalorados e de leituras enfadonhas dos relatórios; destacando, ainda, que o Brasil

¹²⁸¹ Conforme relata Mauro Cappelletti, a publicidade dos votos divergentes é vedada na Itália, na Alemanha e na Áustria (**Controle Judicial de Constitucionalidade das Leis no Direito Comparado**..., p. 128).

¹²⁸² “A TV Justiça é um canal de televisão público de caráter institucional administrado pelo Supremo Tribunal Federal e tem como propósito ser um espaço de comunicação e aproximação entre os cidadãos e o Poder Judiciário, o Ministério Público, a Defensoria Pública e a Advocacia. Além de preencher uma lacuna deixada pelas emissoras comerciais em relação às notícias ligadas às questões judiciais, o trabalho da emissora é desenvolvido na perspectiva de informar, esclarecer e ampliar o acesso à Justiça, buscando tornar transparentes suas ações e decisões. A emissora tem como principal objetivo conscientizar a sociedade brasileira em favor da independência do Judiciário, da justiça, da ética, da democracia e do desenvolvimento social e proporcionar às pessoas o conhecimento sobre seus direitos e deveres”. (MENDES, Gilmar Ferreira; VALE, André Rufino do. O pensamento de Peter Häberle na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal..., p. 08).

¹²⁸³ “A Rádio Justiça é uma emissora pública de caráter institucional administrada pelo Supremo Tribunal Federal. As transmissões em FM começaram em 5 de maio de 2004. Além da frequência 104,7 MHz, a emissora também é sintonizada via satélite e pela internet. Ao tratar os temas jurídicos em profundidade, a Rádio Justiça busca evitar que assuntos importantes e complexos sejam abordados superficialmente. Além da produção de notícias por equipe própria, jornalistas de outros tribunais e de entidades ligadas ao Poder Judiciário são correspondentes da Rádio Justiça em todos os estados.” (MENDES, Gilmar Ferreira; VALE, André Rufino do. O pensamento de Peter Häberle na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal..., p. 08).

é o único país do mundo onde as sessões são transmitidas ao vivo, já que nos Estados Unidos, por exemplo, país de forte tradição republicana, as sessões são reservadas, sendo proibido até mesmo fotografias¹²⁸⁴.

Na mesma oportunidade, Gustavo Binenbojm defendeu a ampla publicidade dos julgamentos do STF que é dada pelas transmissões ao vivo pela TV Justiça e destacou a importância dos cidadãos tomarem conhecimentos dos argumentos e dos debates que conduzem às decisões sobre a Constituição.

“A defesa da Constituição é tarefa por demais importante para ficar aprisionada às quatro paredes do claustro judicial; se interpretar o sentido das normas constitucionais é algo decisivo para a definição dos direitos e deveres mais fundamentais dos cidadãos, todos os membros da coletividade devem ter o direito – na maior medida possível – de conhecer os porquês das decisões do Supremo Tribunal Federal.”¹²⁸⁵

A transmissão ao vivo dos julgamentos do STF, oportunizando aos cidadãos o conhecimento de cada detalhe sobre o debate constitucional é, sem dúvida, uma medida em perfeita sintonia com a democracia deliberativa que tem produzido bons resultados, tanto é que cada vez mais os debates constitucionais realizados no STF despertam o interesse da cidadania e reascendem os debates em outras esferas públicas. Como já dito anteriormente, a instauração de um debate republicano, isto é, de um debate pautado por princípios como aquele propugnado por Dworkin, tanto na esfera judicial quanto na esfera pública, depende de um processo de aprendizagem contínuo. Não se pode esperar que do dia para noite os cidadãos passem a ser *deliberativos*, que se interessem pelas grandes discussões constitucionais e desejem participar ativamente delas através das audiências públicas ou como *amicus curiae*, por exemplo. É necessário despertar o interesse e a vontade de participar dos debates constitucionais; e só se tem essa vontade e esse interesse de participar daquilo que se conhece, por isso, as transmissões ao vivo dos julgamentos realizados pelo STF pela TV Justiça e pela Rádio Justiça, bem como a disponibilização de vídeos no *You Tube* dos julgamentos anteriores são mecanismos que além de prover uma ampla publicidade dos debates constitucionais, homenageando o dever de transparência próprio de uma república democrática, desempenham ainda uma função informativa, despertando a

¹²⁸⁴ **A TV Justiça e o seu Papel.** ColunaTendências & Debates. **Jornal Folha de São Paulo.** Publicado em 2 de maio de 2009.

¹²⁸⁵ **A Justiça na TV.** ColunaTendências & Debates. **Jornal Folha de São Paulo.** Publicado em 2 de maio de 2009.

curiosidade e, quem sabe, o desejo de participar ativamente da interpretação/reconstrução da Constituição, fomentando, enfim, a cidadania.

Entretanto, a construção de uma esfera jurisdicional democrática exige muito mais do que uma ampla publicidade. Como destacaram Virgílio Afonso da Silva e Conrado Hübner Mendes, a publicidade e a transparência dos trabalhos da jurisdição constitucional são apenas duas variáveis para sua democratização¹²⁸⁶, variáveis de extrema importância, mas que não podem vir desacompanhadas de decisões bem fundamentadas que possibilitam a instauração de um verdadeiro debate público.

“Transmissões ao vivo e acórdãos disponíveis na internet, entre outras medidas, criaram um mito de transparência que precisa ser desconstruído. Ao contrário do que muitos tentam fazer crer, publicidade e transparência não têm nenhuma relação direta e necessária com a quantidade de julgamentos transmitidos pela TV. Um tribunal constitucional transparente é aquele que decide com base em argumentos transparentes, que não disfarça dilemas morais por trás de retórica jurídica hermética, que não se faz surdo para os argumentos apresentados pela sociedade. Em suma, é aquele que expõe abertamente os fundamentos de suas decisões para que sejam escrutinados no debate público.”¹²⁸⁷

Decisões públicas e bem fundamentadas são essenciais para a democratização da jurisdição constitucional, mas, isoladamente, não são suficientes, assim como o processo por si só não é suficiente. Por isso, é preciso uma conjugação desses fatores.

A fundamentação é uma exigência que ganha especial relevo nas instituições democráticas¹²⁸⁸ e encontra respaldo explícito no texto constitucional brasileiro no art. 93, inc. IX. Assim, é preciso compreender que a necessidade de justificar as decisões não é uma exigência que diz respeito apenas ao direito das partes, é uma exigência democrática; a justificativa deve ter em vista um processo de prestação de contas da jurisdição constitucional para a sociedade. Nesse sentido, lembra Daniel Sarmento que “Na verdade, a fundamentação das decisões judiciais, muito mais do que um requisito formal para a sua validade é um pressuposto da sua legitimidade no âmbito do Estado Democrático de Direito.”¹²⁸⁹

¹²⁸⁶ SILVA, Virgílio Afonso da; MENDES, Conrado Hübner. Entre a transparência e o populismo judicial. Coluna Tendências & Debates. **Jornal Folha de São Paulo**. Publicado em 11 de maio de 2009.

¹²⁸⁷ Idem.

¹²⁸⁸ FEREJOHN, John; PASQUINO, Pasquale. Tribunais Constitucionais como Instituições Deliberativas. In: **Limites do Controle de Constitucionalidade**. BIGONHA, Antonio Carlos; MOREIRA, Luiz (dir.) Rio de Janeiro: Lumens Juris, 2009, p. 47.

¹²⁸⁹ Ubiquidade Constitucional: os dois lados da mesma moeda..., p. 116.

É pela fundamentação das decisões constitucionais que Alexy, por exemplo, mede a legitimidade da jurisdição constitucional. De acordo com o célebre constitucionalista alemão, a legitimidade democrática da jurisdição constitucional encontra-se no conceito de *representação argumentativa*. Explica-se: enquanto a legitimidade da relação entre os representantes legislativos e o povo fundamenta-se nas eleições, a legitimidade da relação entre os juízes e o povo está na *argumentação*, na fundamentação de suas decisões¹²⁹⁰. Alexy reconhece que a noção de *representação argumentativa* pode ser acusada de idealização, na medida em que os juízes são livres para manipular os argumentos que bem entenderem e afastarem-se das pretensões populares. Por essa razão, adverte que nem todos os argumentos estão aptos a fundamentar uma decisão judicial, a qual só será devidamente fundamentada se houver “(1) a existência de argumentos válidos ou corretos e (2) a existência de pessoas racionais capazes e dispostas a aceitar documentos válidos ou corretos porque eles são válidos ou corretos”¹²⁹¹. Assim, conclui Alexy que a “... jurisdição constitucional somente então pode ser exitosa quando esses argumentos, que são alegados pelo tribunal constitucional, são válidos e quando membros suficientemente muitos, da comunidade são capazes e dispostos a fazer uso de suas possibilidades racionais.”¹²⁹²

Também a Constituição como um *processo de reconstrução mediante uma interpretação pública* não exclui a necessidade de metodologias adequadas para sua interpretação/*reconstrução*, muito pelo contrário, a riqueza de possibilidades proporcionada pela abertura da norma constitucional exige que o juiz adote metodologias de interpretação claras e transparentes, seguindo de forma obstinada o dever de fundamentação constitucional, o qual deve ser compreendido como um dever de argumentação, como um esforço justificatório da decisão dentro do esquema democrático-constitucional. Por isso, alguns *standarts* devem ser seguidos, como o respeito aos precedentes e a formulação de *stadarts* para orientar decisões em que haja conflitos de direitos fundamentais (como, por exemplo, o

¹²⁹⁰ **Constitucionalismo Discursivo**. Tradução: Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p. 163.

¹²⁹¹ Idem, p. 165.

¹²⁹² Idem. Ibidem.

standart de que o direito à liberdade de expressão se impõe sobre o direito à honra de autoridades públicas¹²⁹³).

Nessa tarefa também serão úteis e imprescindíveis os aportes democráticos, os quais podem propiciar ao juiz novos caminhos e novas alternativas para decidir de forma mais próxima à democracia sem, no entanto, fugir da sua vinculação à Constituição. Dessa forma, a argumentação jurídica deve decorrer de um debate aberto e racional que reproduz uma razão prática dialógica na qual todos participam de forma livre e igual em busca dos melhores argumentos, pois, como ensina Daniel Sarmento, “... o resultado que emergir da busca racional e dialógica da resposta mais correta para uma controvérsia jurídica qualquer não só tenderá a ser melhor e mais justo do que aquele que seria obtido através do exercício do mero decisionismo do intérprete, como também estará ungido de uma legitimidade muito maior.”¹²⁹⁴

Em suma, o juiz deve interpretar as normas abertas em conjunto com a democracia, mas deve justificá-las à luz da Constituição e daquilo que for possível com o amparo democrático proporcionado pela abertura. A intenção deve ser fazer com que as próprias decisões da jurisdição constitucional justifiquem-se perante a crítica pública; trata-se de um dever de reciprocidade fundamental para o movimento de *validação recursiva* das decisões democráticas. Assim, como bem sintetiza Daniel Sarmento, pode-se afirmar que a atuação democrática da jurisdição constitucional exige que sejam observadas as seguintes balizas:

“a) o emprego de uma metodologia racional, intersubjetivamente controlável e transparente, não só para aperfeiçoar as decisões, como também para evitar que elas sejam vistas pela sociedade como fruto exclusivo dos caprichos e predileções de seus prolores; b) à democratização do próprio exercício da jurisdição constitucional, com a abertura do seu procedimento à participação efetiva dos novos atores sociais, através de medidas como o fortalecimento do papel do *amici curiae* e a realização mais freqüente de audiências públicas; e c) a adoção pelos juizes de uma postura de moderação e de respeito diante das decisões adotadas pelos demais poderes, em razão dos seu lastro democrático-eleitoral.”¹²⁹⁵

Portanto, os aportes do processo como o *amicus curiae* e as audiências públicas são importantes meios para a interlocução entre a esfera pública a jurisdição constitucional, no entanto, como adverte José Adércio Leite Sampaio, são

¹²⁹³ Ubiquidade Constitucional: os dois lados da mesma moeda..., p. 117.

¹²⁹⁴ SARMENTO, Daniel. Idem, p. 116

¹²⁹⁵ Ubiquidade Constitucional: os dois lados da moeda..., p. 108.

“Certamente insuficientes e, em certa medida, elitistas” ¹²⁹⁶. Por isso, é preciso buscar pela construção de uma esfera pública que acompanhe os trabalhos da jurisdição constitucional, formando uma opinião crítica sobre os avanços e retrocessos da jurisprudência, e influenciando, assim, nos seus rumos independentemente de serem partes ou intervirem no processo. Não há razões para a jurisdição constitucional desconsiderar as demandas da esfera pública, pelo contrário, trata-se de um elemento importante para a formação das decisões judiciais informadas e conscientes da realidade ¹²⁹⁷.

Entretanto, a construção dessa esfera pública comprometida com a interpretação da Constituição depende da publicidade e da fundamentação das decisões judiciais, pois, o acesso aos debates constitucionais e o conhecimento dos argumentos judiciais são os principais instrumentos, ao lado da abertura da jurisdição constitucional promovida pelo processo, para a criação e o desenvolvimento de uma cidadania comprometida com a reconstrução da Constituição. Em outras palavras, somente com a abertura verdadeira da jurisdição constitucional, que se dá pelos aportes processuais, pela publicidade de seus trabalhos e com o fortalecimento da fundamentação das decisões judiciais, é que será possível a *reconstrução pública da Constituição*, isto é, somente quando atendidos esses requisitos os cidadãos poderão participar efetivamente dos debates constitucionais, seja na esfera pública judicial ou em outra esfera pública qualquer, se sentido realmente autores das decisões constitucionais que guiarão o seu país e a sua vida.

Finalmente, apenas por cautela, deve-se frisar que o discurso em defesa de uma *interpretação pública da Constituição*, que se realiza mediante o compromisso da jurisdição constitucional com um modelo deliberativo de democracia, não pode, em hipótese alguma, levar a conclusão de que se propugna pela substituição dos debates democráticos realizados na esfera legislativa por debates democráticos realizados na esfera jurisdicional. As decisões políticas que orientam a sociedade devem ser discutidas e decididas no âmbito do Poder Legislativo, a defesa da

¹²⁹⁶ SAMPAIO, José Adércio Leite. Habermas entre Amigos e Críticos. Prolegômenos para uma Esfera Pública..., p. 322.

¹²⁹⁷ Neste sentido José Adércio Leite Sampaio questiona: “Por que, então, não imaginarmos na esfera pública o desenvolvimento de uma opinião pública informada igualmente, reivindicadora de avanços e conquistas jurisprudenciais, como olhos e vozes que acompanham o trabalho judicial, fazendo postulações sem formalmente serem partes ou intervenientes no processo, criticando ou apoiando decisões e criando uma espécie de ‘apelação social’ contra os proferimentos a seu julgar equivocados?” (Idem, *Ibidem*).

abertura da jurisdição constitucional não tem a pretensão de substituir essa esfera pública vital para qualquer modelo de democracia. Assim, intenção é apenas agregar a estrutura institucional da República mais uma esfera pública deliberativa – uma esfera que, no entanto, se restringe a argumentos de princípios e à interpretação constitucional –, ampliando a legitimidade das decisões judiciais e conferindo uma conexão verdadeira entre a norma e a realidade constitucional. Não se trata, portanto, da substituição dos discursos políticos por discursos jurídicos, mas da própria democratização dos discursos jurídicos, de uma tentativa de fazer da tensão entre democracia e constitucionalismo – que marca a jurisdição constitucional desde o seu nascimento – uma tensão voltada ao aperfeiçoamento da própria democracia e da Constituição.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Não há esforço teórico que seja capaz de responder todas as questões postas pela realidade ou apresentar soluções definitivas para todos os problemas que envolvem o objeto de pesquisa. Por isso, acredita-se que um pesquisador deve estar sempre consciente da insuficiência e da contingência da pesquisa realizada, de modo a que única conclusão verdadeira que está ao seu alcance é a de que ainda há muito para pesquisar, refletir e questionar. Portanto, não se pretende aqui apresentar conclusões prontas e fechadas, pois, como toda pesquisa, esta também é fruto de um estudo marcado por contingências temporais e espaciais e está aberta à crítica, ao diálogo e à reconstrução que visem a sua correção e superação; mas que, principalmente, estejam voltadas a colaborar com a consolidação do Estado Democrático de Direito – dessa premissa, pelo menos, não se abre mão. Portanto, as ideias centrais que guiaram esse estudo e agora são apresentadas à crítica, à reflexão e ao debate podem ser elencadas da seguinte forma:

1. O Constitucionalismo e a democracia moderna surgem como movimento de reação aos Estados Absolutistas e, conseqüentemente, como elementos constitutivos do Estado Moderno. Entretanto, constitucionalismo e democracia já nascem como ideais em flagrante tensão; uma tensão insolúvel, mas que, a depender da forma como for precariamente resolvida, determinará o desenho institucional dos Estados Modernos.

2. É a partir da forma com que se interpreta e concilia constitucionalismo e democracia, que é possível compreender as razões que justificam a existência ou ausência da jurisdição constitucional em cada Estado, bem como definir o papel da jurisdição constitucional ao longo dos paradigmas que guiaram o Estado Moderno.

2.1. Assim, a exaltação da soberania popular ilimitada e absoluta na França, conjugada com um fraco espírito constitucionalista, resultou na vedação de qualquer instituição que controlasse a validade das leis editadas pelos legítimos representantes do povo. Ao contrário, nos Estados Unidos, a afirmação da supremacia da constituição e a adoção de mecanismos de limitação do poder, com o

objetivo de proteger a própria democracia, criaram um solo fértil para o nascimento da jurisdição constitucional contemporânea. Já no Brasil, a ausência de qualquer espírito constitucionalista e a inexistência de qualquer traço de democracia, coloca em cheque a presença do liberalismo e impede que a discussão sobre a conveniência da instituição da jurisdição constitucional seja instaurada, fato agravado pela influência das ideias francesas de supremacia do Parlamento. É apenas com os ares da República que surge um espírito constitucionalista mais forte no Brasil e a jurisdição constitucional começa a ganhar forma.

2.2 A jurisdição constitucional surge com força na Europa no paradigma do Estado de Bem-estar Social. Apesar da experiência da Constituição de Weimar, é apenas com o Tribunal Constitucional kelseniano que a jurisdição constitucional se consolida em solo europeu, já que a teoria de Kelsen derruba os dois principais obstáculos para instauração da jurisdição constitucional na Europa: a centralidade da lei e o monopólio da produção normativa pelo Parlamento. A França, todavia, continua resistente à adoção da jurisdição constitucional em virtude da dificuldade de equilibrar a soberania popular com o constitucionalismo. No entanto, a França acabou cedendo e instituiu o *Conseil Constitutionnel*, responsável pelo controle de constitucionalidade das leis de forma prévia e abstrata.

Nos Estados Unidos, a jurisdição constitucional assume um papel fundamental para a construção do Estado de Bem-estar Social. A superação da Era Lochner e a inauguração de uma fase declaradamente ativista, que passa primeiro pelas questões econômicas e desemboca na fantástica defesa dos direitos civis, comprova a importância da jurisdição constitucional para a construção da democracia e do constitucionalismo, bem como a capacidade de uma instituição contramajoritária definir os rumos de um país. Reacende-se, então, um forte debate sobre sua legitimidade democrática.

2.3 É somente com o fim da Segunda Guerra, e em razão das profundas marcas que deixou, que se reconhece a imprescindibilidade da união entre constitucionalismo e democracia. Nascem os Estados Democráticos de Direito, nos quais o constitucionalismo se transforma e a democracia é repensada, mas em hipótese alguma é cogitada a separação entre esses dois ideais. A nova forma de

compreender a interação entre constitucionalismo e democracia – evidentemente determinada pelos episódios totalitários – abre as portas para a jurisdição constitucional em todo o Ocidente, a qual se torna uma instituição fundamental para a democracia, por mais contraditório e irônico que isso possa parecer.

3. Para a análise do papel da jurisdição constitucional nos Estados Democráticos de Direito, especificamente para a análise da jurisdição constitucional brasileira, partiu-se de uma concepção de constituição e uma concepção de democracia bem definidas; as quais se acredita serem as melhores concepções para a consolidação, aprofundamento e desenvolvimento do Estado Democrático de Direito.

3.1 Adota-se uma concepção de constituição como uma *norma aberta em constante reconstrução mediante um processo público de interpretação*. Tal concepção de constituição reconhece que boa parte de uma constituição é composta por *normas de estrutura aberta*, as quais demandam um maior esforço interpretativo. Assim, como toda a interpretação de um enunciado linguístico é sempre uma reconstrução, a interpretação da constituição é uma dinâmica que se desenvolvem conforme o tempo e o espaço do seu intérprete, construindo e reconstruindo, permanentemente, o texto constitucional, de modo a mantê-lo sempre vivo.

Todavia, para que a interpretação/reconstrução da constituição seja capaz de manter o texto constitucional em conexão com a realidade na qual se aplica e dotá-lo de profunda legitimidade com o passar das gerações, é fundamental que a sua interpretação/reconstrução seja feita mediante um processo público de interpretação, nos qual todos os cidadãos possam interpretar a constituição no exercício de sua autonomia pública, tornando-se coautores das normas constitucionais. Assim, a interpretação/reconstrução da constituição deve ser feita pela *sociedade aberta dos intérpretes da constituição*; esta é uma condição para sua legitimidade.

Assim, a constituição como um *processo público de interpretação*, sujeita a constantes transformações, permanece sendo um documento normativo que vincula Estado e sociedade, já que toda a reconstrução constitucional deve respeitar o

núcleo fundamental e a estrutura que caracteriza a constituição, como os direitos fundamentais e as instituições democráticas. Aliás, é somente reconhecendo que a constituição é um *processo público* em constante reconstrução é que se pode assegurar a sua força normativa e evitar que ela se torne uma constituição simbólica.

3.2 O modelo representativo e participativo de democracia deve assimilar os requisitos *procedimentais e substanciais* da *democracia deliberativa* como ideais normativos que pautam o aperfeiçoamento do sistema democrático e a construção de decisões públicas legítimas e imparciais. Dentre os requisitos procedimentais da democracia deliberativa estão a abertura da esfera pública, a informação plena e de qualidade, a argumentação, a imparcialidade e a publicidade. Dentre os requisitos substanciais estão a igualdade e a liberdade.

O modelo deliberativo, todavia, também pode estar sujeito a desvios e imperfeições, razão pela qual a *democracia deliberativa*, assim como qualquer modelo democrático que se pretenda adotar com seriedade, deve ser compreendida como um *por vir*; ou seja, a sociedade deve estar sempre atenta e pronta para lutar e defender as condições democráticas como se a democracia ainda não tivesse se realizado plenamente. Enfim, uma sociedade democrática deve estar sempre alerta e em busca ampliação e aprofundamento dos cânones democráticos.

3.3 A concepção de constituição e democracia adotadas interagem sem deixar de estar em tensão: a constituição, como uma *norma aberta em constante reconstrução mediante um processo público de interpretação* requer um modelo *deliberativo de democracia*, o qual permite que o cidadão seja coautor da interpretação constitucional através da participação das discussões públicas em uma esfera pública forte e atuante. De nada vale a abertura constitucional se ela não for acompanhada pelo fortalecimento da esfera pública e da abertura dos canais de participação política – exigências do modelo deliberativo de democracia. Porém, a *democracia deliberativa* também depende da constituição como *norma aberta em constante reconstrução mediante um processo público de interpretação*, uma vez que as interpretações reconstitutivas dos direitos de liberdade e igualdade são fundamentais para garantir a participação do cidadão em deliberações democráticas

legítimas.

4. Perante a combinação da concepção de constituição como *norma aberta em constante reconstrução mediante um processo público de interpretação* com a concepção de *democracia deliberativa*, a jurisdição constitucional – intérprete/reconstrutora da constituição por excelência – esbarra no desafio de interpretar/reconstruir a constituição com suporte em um forte diálogo com a esfera pública sem descuidar da sua normatividade, ou seja, esbarra no desafio de tornar a reconstrução da constituição democrática – requisito fundamental para a sua legitimidade no Estado Democrático de Direito – sem descuidar dos limites e das amarras impostas pela constituição às maiorias eventuais.

5. Partindo da concepção de constituição como *norma aberta em constante reconstrução mediante um processo público de interpretação* da concepção de *democracia deliberativa*, quatro teorias foram analisadas para a compreensão do papel da jurisdição constitucional nos Estados Democráticos de Direito: a de John Hart Ely, a de Ronald Dworkin, a de Jürgen Habermas e a de Carlos Santiago Nino.

5.1 Para *John Hart Ely*, o papel da jurisdição constitucional nos Estados Democráticos de Direito é tutelar as condições procedimentais para o bom funcionamento da democracia representativa. Portanto, o papel da jurisdição constitucional não é decidir sobre os valores morais da sociedade, mas garantir que os canais de participação política estejam abertos de forma igualitária para toda a sociedade, maiorias e minoria.

A teoria de Ely falha em alguns pontos fundamentais: *i)* deposita uma confiança excessiva no princípio majoritário, o qual, como se sabe, pode descambar facilmente para o totalitarismo; *ii)* embora defenda as minorias, ironicamente, exclui dela as mulheres e os pobres; *iii)* rejeita a possibilidade de proteção judicial do *direito de minorias a ter e exercer costumes diferentes*, o que se torna cada vez mais imprescindível em sociedades marcadas por um forte pluralismo e *iv)* recusa-se a reconhecer qualquer suporte substancial, apesar de, sem perceber, utilizá-lo em sua teoria.

5.2 Para *Ronald Dworkin*, a jurisdição constitucional não tem como fugir de decisões substantivas, isto é, que tratam dos valores morais da sociedade. Desse modo, a legitimidade democrática de sua decisão depende da capacidade do juiz fazer uma *leitura moral da constituição* com fundamento em *argumentos de princípio* e de acordo com as exigências do direito *como integridade*. Quando a jurisdição constitucional compromete-se com uma concepção de democracia constitucional – que substitui o princípio majoritário pela participação moral de sujeitos livres e iguais – ela não se torna apenas compatível com a democracia constitucional como é também um mecanismo de aprimoramento desse regime de governo.

Apesar do brilhantismo de Dworkin, acolhe-se as críticas feitas a ele por Jeremy Waldron de que o princípio majoritário possui um grande valor e não deve ser facilmente descartado e de que debates republicanos podem ser instaurados na sociedade independentemente da atuação da jurisdição constitucional.

5.3 Para *Jürgen Habermas*, a função da jurisdição constitucional é proteger o conjunto de procedimentos políticos e o sistema de direitos, a autonomia pública e privada dos cidadãos, condições fundamentais, para a gênese democrática dos direitos. Ou seja, a função da jurisdição constitucional no paradigma procedimental do direito é ser guardião da democracia deliberativa. Observe-se, portanto, não basta averiguar apenas a lisura do processo democrático de formação do direito, devendo garantir que os canais de comunicação entre a esfera pública institucionalizada e não institucionalizada estejam sempre abertos e que a vontade e opinião manifestada na esfera pública informal tenha impacto no processo democrático. Assim, cabe à jurisdição garantir a conexão entre a esfera pública formal e os círculos informais de deliberação política, possibilitando a interpretação pública da constituição. Nessa missão, é imprescindível que jurisdição constitucional conceba os direitos como normas *deontológicas* e restrinja sua atuação aos *discursos de aplicação*.

5.4 Para *Carlos Santiago Nino*, o processo democrático deliberativo é o melhor caminho para a formulação das decisões morais de uma sociedade. No entanto, para que esse processo democrático seja dotado de valor epistêmico é preciso que todos os cidadãos possuam direitos *a priori*, direitos que são condições

para a participação no processo democrático de forma livre e igual. Assim, após adotar uma perspectiva liberal-igualitária, Nino defende que o papel da jurisdição constitucional nas democracias deliberativas é garantir os direitos *a priori* que concedem ao processo democrático um valor epistêmico mínimo. Dessa forma, Nino delimita o campo de intervenção legítimo da jurisdição constitucional a três exceções: *i)* garantir os pressupostos de um procedimento democrático deliberativo dotado de um valor epistêmico mínimo, *ii)* rechaçar leis perfeccionistas que violam a autonomia e a dignidade da pessoa e *iii)* preservar a prática constitucional.

6. Nenhuma das teorias analisadas pode ser tomada como a solução perfeita para a definição do papel da jurisdição constitucional nos Estados Democráticos de Direito que adotam uma concepção de constituição como *norma aberta em constante reconstrução mediante um processo público de interpretação* e uma concepção de *democracia deliberativa*, entretanto, fornecem preciosos argumentos e subsídios para pensar neste problema¹²⁹⁸.

7. Em apertada síntese, pode-se afirmar que a jurisdição constitucional comprometida com a democracia deliberativa deve *i)* proteger os canais de participação no processo democrático; *ii)* proteger os postulados da democracia deliberativa para que as decisões públicas sejam frutos de um processo democrático dotado de valor epistêmico, livre de qualquer censura e das desigualdades e *iii)* incrementar os seus procedimentos a fim de torná-los mais democráticos, garantindo que os juízes dialoguem com as esferas públicas não institucionalizadas e atuem com a transparência necessária para que suas decisões possam ser submetidas ao crivo do debate público.

8. A Constituição brasileira é compatível com a noção de constituição como uma *norma aberta em constante reconstrução mediante um processo público de interpretação* e com a *democracia deliberativa*, de modo que analisar o papel da jurisdição constitucional brasileira com suporte nessas concepções *não* caracteriza a transposição indevida de ideias estrangeiras e novas teorias para o sistema constitucional pátrio.

¹²⁹⁸ Remete-se aqui o leitor para o balanço das teorias analisadas formulado no item 2.6, uma vez que parece despropositado simplesmente copiá-las nas considerações finais.

8.1 Pode-se pensar em *democracia deliberativa* perante a Constituição de 1988 porque ela compromete-se com o princípio republicano, que preza por decisões públicas fruto de uma ampla discussão e dotadas de ampla legitimidade; com a democracia como um regime de governo que pode ser exercido diretamente pelo povo e depende da realização dos direitos fundamentais – condições *a priori* para o processo democrático; com a separação de poderes que pode ser melhor compreendida como cooperação entre os Poderes, disponibilizando espaços para o debate democrático e viabilizando o diálogo institucional; e com o Estado de Direito, como um Estado comprometido com os direitos fundamentais.

8.2 Pode-se pensar na Constituição brasileira como *norma aberta em constante reconstrução mediante um processo público de interpretação*, uma vez que contém uma grande quantidade de normas abertas disponíveis à reconstrução e configura-se com sistema aberto a novos direitos (art. 5º. §2º.).

9. Através de uma interpretação/*reconstrução* da Constituição comprometida com os direitos fundamentais, a jurisdição constitucional cumpre um importante papel no aprofundamento dos cânones democráticos deliberativos brasileiros. No entanto, a sua colaboração para a construção de uma sociedade democrática-deliberativa é apenas parcial e subsidiária, pois, é na esfera pública legislativa o lugar para o debate e as deliberações políticas. A tarefa da jurisdição constitucional é tão-somente a proteção e, na medida do possível o fortalecimento, dos pressupostos para que a deliberação democrática se desenvolva em um ambiente de igualdade e liberdade.

10. A jurisdição constitucional deve atuar de forma intransigente diante das condições procedimentais da democracia deliberativa, garantindo a observância estrita dos procedimentos democráticos representativos, a abertura dos canais de comunicação entre a esfera pública institucionalizada e a sociedade civil e tutelando os direitos fundamentais para o exercício da autonomia pública, especialmente, a liberdade de expressão, informação e participação. Assim, a jurisdição constitucional comprometida com a democracia deliberativa não pode tolerar o

desrespeito aos procedimentos democráticos, os discursos odiosos, as censuras públicas e midiáticas e o monopólio dos meios de comunicação, devendo prestigiar as decisões públicas fruto de processos democráticos dotados de valor epistêmico.

11. Ainda, a jurisdição constitucional comprometida com a democracia deliberativa deve ir além da tutela dos pressupostos procedimentais para os debates, uma vez que esses perdem sua função se não forem complementados por condições substantivas capazes de fazer com que todos os indivíduos usufruam da liberdade de forma igualitária. Para a proteção da igual liberdade, a jurisdição constitucional deve cancelar as políticas de *reconhecimento* das diferenças, garantindo a todos os cidadãos o igual direito de exercer a sua autonomia privada, e as políticas *redistributivas*, que proporcionem a *igualdade de oportunidades* para todos. A combinação entre *reconhecimento* e *redistribuição* é fundamental para a inclusão de diversas minorias e para o sucesso de políticas públicas como as ações afirmativas.

As condições substanciais, que viabilizam o exercício da autonomia em condições de igualdade, incluem também a garantia das *necessidades básicas* do indivíduo providas pelos direitos sociais, cabendo à jurisdição constitucional a sua proteção para o desenvolvimento de um debate democrático dotado de valor epistêmico. Contudo, diante da limitação dos recursos, sua decisão deve se orientar pela possibilidade de universalização da demanda e buscar subsídios fáticos mediante um diálogo institucional profícuo com os Poderes Públicos e a sociedade civil, visando, assim, encontrar uma solução adequada para o pleito. Apenas quando as omissões públicas são injustificadas é que a jurisdição constitucional pode determinar a realização imediata dos direitos que proverão as *necessidades básicas*.

12. O papel da jurisdição constitucional em uma democracia deliberativa não é substituir a vontade do legislador, mas proteger e fomentar as condições procedimentais e substanciais para que todos os cidadãos participem do debate público em condições de igualdade e liberdade. Assim, diante de um texto como o da Constituição de 1988 não há possibilidade de escolher entre procedimento e substância, os quais interagem para a construção do Estado Democrático de Direito

brasileiro.

No entanto, ao passo que diante da violação das condições procedimentais para a democracia deliberativa a jurisdição constitucional deve assumir uma postura ativa e intolerante, diante das condições substanciais deve assumir uma postura de autocontenção para não enfraquecer a cidadania ou substituir o discurso político – elementos centrais de qualquer democracia que ganham relevância no contexto deliberativo. Portanto, a jurisdição constitucional deve atuar subsidiariamente à esfera pública democrática, intervindo para garantia das condições procedimentais e substanciais que garantem ao processo democrático um valor epistêmico mínimo.

13. É preciso destacar ainda que a jurisdição constitucional que interpreta/*reconstrói* a constituição mediante um *processo público de interpretação*, a fim de proteger as condições procedimentais e substanciais da democracia deliberativa, também está marcada pela tensão entre constitucionalismo e democracia, tal como a jurisdição constitucional do Estado Liberal e de Bem-estar Social. Contudo, no Estado Democrático de Direito a tensão entre constitucionalismo e democracia provada pelas decisões contramajoritária da jurisdição constitucional é positiva porque busca a proteção não só da constituição, mas também a proteção da democracia deliberativa, de uma democracia capaz de reconstruir a constituição permanentemente, mantendo a sua base de legitimidade e afastando o conflito entre as gerações.

14. Em uma democracia deliberativa a interpretação da Constituição não pode ser atribuída, exclusivamente, à jurisdição constitucional, embora ela continue a ter a última palavra. A legitimidade da interpretação/*reconstrução* está atrelada à sua natureza pública, o que exige a ampliação do número de intérpretes da constituição. O caminho para a construção dessa *sociedade aberta dos intérpretes* da constituição é a abertura da jurisdição constitucional à esfera pública democrática. Em uma *sociedade aberta dos intérpretes da constituição*, a jurisdição constitucional comunica-se com a esfera *democrática-deliberativa* para interpretação/*reconstrução* da Constituição principalmente através dos aportes do processo constitucional, o que não significa a defesa de uma jurisdição constitucional proceduralista.

15. O processo do controle de constitucionalidade abstrato e concentrado tem caminhado do *fechamento* para a *abertura* da jurisdição constitucional. A ampliação do número de legitimados provocada pela Constituição de 1988, confirmada pelas Leis nºs. 9.868/99 e 9.882/99, bem como a introdução de mecanismos processuais como o *amicus curiae* e as audiências públicas, que cumprem uma função integrativa, informativa e legitimadora, apontam para a democratização da interpretação/*reconstrução* da Constituição. No entanto, a jurisdição constitucional ainda carece de uma ação que proporcione ao cidadão um canal direto de comunicação com a jurisdição constitucional como a ADPF. Destaca-se, ainda, não ser adequada a objeção de que o efeito vinculante fecha a jurisdição constitucional. Tal efeito apenas confere um momento de *fechamento* provisório, fundamental para a segurança jurídica e para isonomia, podendo ser reaberto diante da alteração do suporte fático que ensejou a decisão. Já o novo efeito *transcendente dos motivos determinantes* da decisão precisa ser analisado com cuidado. É legítimo apenas nas hipóteses de leis idênticas, caso contrário representa, sim, um fechamento inapropriado da jurisdição constitucional que impede que a reconstrução da interpretação e a sua adequação perante situações diferentes.

16. O processo do controle de constitucionalidade difuso e concentrado é, tradicionalmente, o canal de comunicação que mais aproxima a jurisdição constitucional dos cidadãos, aumentando, assim, as possibilidades de *reconstrução pública* da Constituição. No entanto, o controle de constitucionalidade difuso e concreto tem passado por grandes transformações, as quais, a primeira vista, *fecham* a jurisdição constitucional em nome de outros valores constitucionais: a isonomia, a celeridade processual e a segurança jurídica.

Tal fechamento, no entanto, é legítimo – e muitas vezes necessário – se for colocado à disposição do cidadão um caminho para reabrir-lo. Em outras palavras, o *fechamento* provocado pela súmula vinculante, por exemplo, se compatibiliza com uma noção de constituição como uma *norma em permanente reconstrução pública* e com a *democracia deliberativa*, se a súmula puder ser revista e questionada por procedimentos democráticos e se sua aplicação der a possibilidade para que os juízes e Tribunais inferiores interpretem o próprio texto da súmula e, a partir do conhecimento dos seus precedentes, possam verificar se estão ou não vinculados

ao seu enunciado.

Já os fechamentos que pretendem ser permanentes e decorrem de uma interpretação criativa – e não *reconstrutiva* – da Constituição são absolutamente repudiáveis. Qualquer fechamento à democratização da jurisdição constitucional só se justifica diante do constitucionalismo se estiver aberto à revisão. Assim, a tensão clássica entre abertura e fechamento que se dá na relação entre democracia e constitucionalismo deve ser reproduzida por uma jurisdição constitucional comprometida com o Estado Democrático (deliberativo) de Direito.

16. O processo é um importante instrumento para a democratização da jurisdição constitucional. No entanto, a construção de uma esfera pública comprometida com a interpretação/*reconstrução* da Constituição em cooperação com a jurisdição depende de outros elementos fundamentais: a publicidade e a fundamentação das decisões. Somente através da publicidade dos trabalhos da jurisdição constitucional, da publicação de suas decisões e da construção de decisões bem fundamentadas, articuladas e coerentes é que a sociedade poderá conhecer verdadeiramente qual é a interpretação/*reconstrução* da Constituição que está sendo feita pela jurisdição constitucional, e assim, angariar informações suficientes para refletir, questionar e debater tais interpretações, participando, enfim, do *processo público de interpretação da Constituição*. Portanto, processo, publicidade e fundamentação formam o tripé para a construção de uma jurisdição constitucional aberta, comprometida com a democracia deliberativa e de uma esfera pública democrática comprometida com a interpretação/*reconstrução* pública da Constituição.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ACKERMAN, Bruce. **Nós, o povo soberano**. Fundamentos do Direito Constitucional. Tradução: Mauro Raposo de Mello. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.

_____. *The Rise of World Constitutionalism*. **Yale Law School Occasional Paper** nº. 4, 1996. Disponível em: www.lsr.nellco.org/yale/ylsop/papers/4. Acesso em 04, abril.2009.

ALBUQUERQUE, J. A. Guilhon. Montesquieu: sociedade e poder. In: **Os Clássicos da Política Vol. 1**. 9ª. ed. São Paulo: Ática, 1998.

ALEX, Robert. **Constitucionalismo Discursivo**. Tradução: Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

_____. Derechos Fundamentales y Estado Constitucional. In: **Neoconstitucionalismo(s)**. Miguel Carbonell (ed.). Madrid: Trotta, 2003.

_____. Os Direitos Fundamentais e a Democracia no Paradigma Procedimental do Direito de Jürgen Habermas. In: **Jürgen Habermas, 80 anos. Direito e Democracia**. FRANKENBERG, Günter; MOREIRA, Luiz. (org.). Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2009.

_____. **Teoría del discurso y derechos humanos**. Tradução: Luis Villar Borda. Colômbia: Universidade Externado de Colômbia, 2004.

_____. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Tradução: Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008.

AMARAL, Gustavo. **Direito, Escassez & Escolha**. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

ANTUNES, Cármen Lúcia Rocha. O juiz na nova ordem estatal. In: **Perspectivas do Direito Público: Estudos em Homenagem a Miguel Seabra Fagundes**. ANTUNES, Cármen Lúcia Rocha (Coord.). Belo Horizonte: Del Rey, 1995.

ARENDT, Hannah. **A Condição Humana**. 9ª. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999.

_____. **A Revolução**, 2ª. ed. São Paulo: Ática, 1990.

ATALIBA, Geraldo. **República e Constituição**. 2ª ed. São Paulo: Malheiros, 1998.

ÁVILA, Humberto. **Teoria dos Princípios**. 4ª ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

BANDEIRA DE MELLO, Oswaldo Aranha. **Teoria das Constituições Rígidas**. 2ª. ed. São Paulo : J. Bushatsky, 1980.

BARACHO, José Alfredo de Oliveira. Teoria da Justiça Constitucional. In: **Revista de Direito Constitucional e Internacional** Ano 15, nº. 59. São Paulo: Revista dos Tribunais, abr./jun., 2007.

BARCELLOS, Ana Paula de. **A eficácia jurídica dos princípios constitucionais: o princípio da dignidade da pessoa humana**. 2ª. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008

BARROSO, Luís Roberto. O Ano da Judicialização da Política. **Revista Direito do Estado** n.º 08, Rio de Janeiro, jan./abr., 2008. Disponível em: <http://www.lrbarroso.com.br/pt/noticias/RDE-008-EDITORIAL.pdf>. Acesso em: 20 abr. 2008.

_____. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo**. São Paulo: Saraiva, 2009.

_____. **Diferentes, mas iguais: o reconhecimento jurídico das relações homoafetivas no Brasil**, p. 10. Disponível em: www.lrbarroso.com.br/pt/noticias/diferentesmaisiguais.pdf. Acesso em: 10.nov. 2009.

_____. **Interpretação e Aplicação da Constituição**. São Paulo: Saraiva, 1999.

_____. **O Direito Constitucional e Efetividade de suas Normas: Limites e Responsabilidades da Constituição Brasileira**. 9ª. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2009

_____. **O Controle de Constitucionalidade no Direito Brasileiro**. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

_____. **Vinte Anos da Constituição Brasileira de 1988: o Estado a que**

chegamos. In: **Revista de direito do Estado**. Ano 3. nº. 10, abri/jun., 2008.

_____. BARCELLOS. Ana Paula de. Direitos Fundamentais, Questões Ordinárias e Jurisdição Constitucional: Limites e Possibilidades da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental. In: **Revista de Direito do Estado**. Rio de Janeiro: Renovar. Ano 1, n. 1, jan./mar., 2006.

_____. BARCELLOS. O começo da história: a nova interpretação constitucional. In: **Interpretação Constitucional**. Virgílio Afonso da Silva (org.). São Paulo: Malheiros, 2005.

BAUM, Laurence. **A Suprema Corte Americana**, Tradução: Élcio Cerqueira. Rio de Janeiro: Forense, 1987.

BAUMAN, Zygmunt. **Em busca da política**. Tradução: Marcus Penchel. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 2000.

BAYON, Juan Carlos. Derecho, Democracia y Constitución. In: **Neoconstitucionalismo(s)** Miguel Carbonell (ed.). Madrid: Trotta, 2003.

BELLO, Enzo. Neoconstitucionalismo(s), Mutação Constitucional e o Papel do STF: uma análise à luz da democracia deliberativa. In: **Teoria Constitucional Contemporânea e seus impasses**. _____; VIEIRA, José Ribas; NUNES, Wanda Claudia Galluzzi. (org). Rio de Janeiro: Cadernos de Estudos Constitucionais do Programa de Pós-Graduação em Direito PUC/RJ, Ano XI, nº. 1, 2005.

BENHABIB, Seyla. Sobre um modelo deliberativo de legitimidade democrática. In: **Democracia Deliberativa**. Denílson Luis Werle e Rúrion Soares Melo (orgs.) São Paulo: Editora Singular, Esfera Pública, 2007.

BERCOVICI, Gilberto. Constituição e Política: Uma relação difícil. In: **Lua Nova**, nº. 61, 2004, Disponível em: < <http://www.scielo.br/pdf/ln/n61/a02n61.pdf>> . Acesso: 04.abr.2009.

_____. A Constituição Dirigente e a Crise da Teoria da Constituição. In: **Teoria da Constituição: Estudos sobre o Lugar da Política no Direito Constitucional**. SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; BERCOVICI, Gilberto; MORAES FILHO, José Filomeno; LIMA, Martonio Mont'Alverne B. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003.

BERLIN, Isaiah. **Quatro Ensaios sobre a Liberdade**. Tradução: Wamberto Hudson Ferreira. Brasília: Universidade de Brasília, 1981.

BINENBOJM, Gustavo. **A Justiça na TV**. Coluna tendências & Debates. **Jornal Folha de São Paulo**. Publicado em 2 de maio de 2009.

_____. **A Nova Jurisdição Constitucional Brasileira**. 2ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

_____. Meios de Comunicação de Massa, Pluralismo e Democracia Deliberativa. As liberdades de expressão e de imprensa nos Estados Unidos e no Brasil. In: **DIREITOS FUNDAMENTAIS: Estudos em Homenagem ao Professor Ricardo Lobo Torres**. SARMENTO, Daniel; GALDINO, Flávio. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

_____. A dimensão do amicus curiae no processo constitucional brasileiro: requisitos, poderes processuais e aplicabilidade no âmbito estadual. **Revista Eletrônica de Direito do Estado** nº. 01, jan./fev./mar., 2005, Disponível em: <http://www.direitodoestado.com/revista/REDE-1-JANEIRO-2005-GUSTAVO%20BINENBOJM.pdf>. Acesso em: 01.out. 2008.

BITTENCOURT, Carlos Alberto Lúcio. **O controle jurisdicional da constitucionalidade das leis**. Brasília, DF: Ministério da Justiça, 1997.

BOBBIO, Norberto. **A Era dos Direito**. Tradução: Carlos Nelson Coutinho. 16ª tiragem. Rio de Janeiro: Campos, 1992.

_____. O Futuro da Democracia. In: **O Futuro da Democracia**. Tradução: Marco Aurélio Nogueira, 8ª. ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 2002.

_____. **Liberalismo e Democracia**. Tradução: Marco Aurélio Nogueira. São Paulo: Brasiliense, 1988.

_____. **Locke e o Direito Natural**. Tradução Sérgio Bath e Janete Melasso Garcia, Brasília: UNB, 1997.

_____. **Positivismo Jurídico**. Tradução: Marcos Pugliesi, Edson Bini, Carlos E. Rodrigues. São Paulo: Ícone, 2005.

_____. **Thomas Hobbes**. Tradução de Carlos Nelson Coutinho. Rio de

Janeiro: Campos, 1991.

BON, Pierre. La légitimité du Conseil Constitutionnel français. In: **Legitimidade e legitimação da justiça constitucional**. Coimbra: Coimbra Editora, 1995.

BONAVIDES, Paulo. **A Constituição Aberta**. Belo Horizonte: Del Rey, 1993.

_____. **Ciência Política**. 10 ed. 2ª tir. São Paulo: Malheiros, 1995.

_____. **Do Estado Liberal ao Estado Social**. 7ª ed. São Paulo: Malheiros, 2001.

_____. **Getúlio Vargas e o Estado Social das Ditaduras**. In: Revista de Direito do Estado, Ano 1, nº. 02. Rio de Janeiro: Renovar, abr./jun., 2006.

_____. **Política e Constituição: Os caminhos da democracia**. Rio de Janeiro: Forense, 1985.

BOVERO, MICHELANGELO. In: **DOXA. Isonomia. Revista de Teoría y Filosofía del Derecho** nº. 16, 2002, p. 21-38. Disponível em: <http://www.cervantesvirtual.com/portal/DOXA/isonomia.shtml>. Acesso em: 09.ago.2009.

BUENO FILHO, Edgard Silveira. Amicus Curie: A democratização do debate nos processos de controle de constitucionalidade. Disponível em: http://www.direitopublico.com.br/form_revista.asp?busca=amicus. Acesso em 01.out. 2008.

BUENO, Cássio Scarpinella. **Amicus curiae no processo civil brasileiro: um terceiro enigmático**. São Paulo: Saraiva, 2005.

BULOS, Uadi Lammêngo. **Mutação Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 1997.

BULYGIN, Eugenio. Los Jueces Crean Derecho? In: **DOXA. Isonomia. Revista de Teoría y Filosofía del Derecho** nº. 18, Abril, 2003. Disponível em: <http://www.cervantesvirtual.com/portal/DOXA/isonomia.shtml>. Acesso em: 09.ago.2009).

CALAZANS, Paulo Murilo. A liberdade de expressão como expressão da liberdade.

In: **Temas de constitucionalismo e democracia**. VIEIRA, José Ribas (org). Rio de Janeiro, 2003.

CALSAMIGLIA, Albert. El concepto de integridade em Dworkin. **DOXA. Cuadernos de Filosofía del Derecho**. nº. 12, 1992. p. 175-176. Disponível em: <http://www.cervantesvirtual.com/portal/DOXA/cuadernos.shtml>. Acesso em: 28.ago.2009.

CANOTILHO, Joaquim José Gomes. O Direito Constitucional na Encruzilhada do Milênio. De uma disciplina dirigida para uma disciplina dirigente. In: **Brancos e Interconstitucionalidade. Itinerário dos Discursos sobre a historicidade constitucional**. Coimbra: Almedina, 2006.

_____. **Constituição Dirigente Vinculação do Legislador**. Coimbra: Coimbra Editora, 1994

_____. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7ª Ed. Coimbra: Almedina, 2003.

CAPPELINI, Paolo. Estado de Direito e Direitos do Sujeito: o problema dessa relação na Europa Moderna. Tradução: Luis Ernani Fritoli e Sérgio Said Staut Júnior. In: **História do Direito em Perspectiva**. Curitiba: Juruá, 2008.

CAPPELLETTI, Mauro. **Juízes Legisladores?** Tradução: Carlos Alberto Álvaro de Oliveira. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editores, 2003.

_____. **O controle de constitucionalidade das leis no direito comparado**. 2ª ed. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor

_____. Necesidad y Legitimidad de la Justicia Constitucional. In: **Tribunales Constitucionales Europeos y Derechos Fundamentales**. Loius Favoreu (org.). Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1984.

CARBONELL, Miguel. Ultrajando a la Constitución. La suprema corte contra la libertad de expresión. In: **DOXA. Isonomia. Revista de Teoría e Filosofía del Derecho**, nº. 25, 2006. Disponível em: <http://www.cervantesvirtual.com/portal/DOXA/isonomia.shtml>. Acesso em: 10. out. 2009).

CARVALHO NETO, Menelick de. Controle de Constitucionalidade e Democracia. In: **Constituição e Democracia**. Antonio G. Moreira Maués. São Paulo: Max Limond.

2001.

_____. A contribuição do direito administrativo enfocado da ótica do administrado: para uma reflexão acerca dos fundamentos do controle de constitucionalidade das Leis no Brasil. Um pequeno exercício de Teoria da Constituição. **Fórum Administrativo**, Belo Horizonte, v. 1, n. 1.

_____. Nuevos Tiempos para el Constitucionalismo. In: **Neoconstitucionalismo(s)**. Miguel Carbonell (ed.). Madrid: Trotta, 2003.

_____. A revisão constitucional e a cidadania: legitimidade do poder constituinte que deu origem à Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 e as potencialidades do poder revisional nela previsto. **Revista do Ministério Público Estadual do Maranhão**. São Luiz, nº. 9, jan./dez., 2002.

_____. Entrevista. In: **Revista do Tribunal de Contas do Estado de Minas Gerais**. Ano 07. Disponível em: www.tce.mg.gov.br/revista. Acesso em: 02.jun.2008.

CARVALHO, Lucas Borges de. **Jurisdição Constitucional & Democracia. Integridade e Pragmatismo nas Decisões do Supremo Tribunal Federal**. Curitiba: Juruá, 2007.

CASALMIGLIA, Albert. Por que Dworkin es importante? In: **DOXA. Cuadernos de Filosofía del Derecho** nº. 02, 1985. Disponível em: <http://www.cervantesvirtual.com/portal/DOXA/cuadernos.shtml>. Acesso em: 30.ago.2009.

CASALMIGLIA, Albert. Postpositivismo. In: **Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho**, nº. 21-I, 1998, p. 214. Disponível em: http://www.cervantesvirtual.com/servlet/SirveObras/23582844322570740087891/cuaderno21/voll/Doxa21_12.pdf. Acesso em: 15.jul.2009.

CHRISTINO, Thomas. A Importância da Deliberação Pública. In: **Democracia Deliberativa**. Denílson Luis Werle e Rúrion Soares Melo (orgs.) São Paulo: Editora Singular, Esfera Pública, 2007.

COURTIS, Christian. Critérios de Justiciabilidade dos Direitos Econômicos Sociais e Culturais: uma Breve Exploração. In: **Direitos Sociais: Fundamentos, Judicialização e Direitos Sociais em espécie**. SOUZ NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel (coord). Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

_____; ORLANDO, Federico. Sobre el *Amicus curiae*. In: **Teoría y Crítica del Derecho Constitucional**. GARGARELLA, Roberto. (coord). Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 2008.

CHUEIRI, Vera Karam de. **A Filosofia Jurídica de Ronald Dworkin como possibilidade de um Discurso Instituinte de Direito**. Curitiba: Juruá, 1995.

_____. O Discurso do Constitucionalismo: governo das leis *versus* governo do povo. In: **Direito e Discursos**. Ricardo Marcelo Fonseca (org). Florianópolis: Fundação Boiteux, 2006.

_____. Constituição Brasileira de 1988: entre constitucionalismo e democracia. In: **Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica** vol. 1 n. 6. Porto Alegre: Instituto de Hermenêutica Jurídica, 2008.

CITTADINO, Gisele. Judicialização da política, constitucionalismo democrático e separação de poderes. In: **A democracia e os Três Poderes no Brasil**. Luiz Werneck Vianna (org). Belo Horizonte: UFMG. Rio de Janeiro: IUPERJ/FAPERJ, 2002.

_____. Poder Judiciário, ativismo judiciário e democracia. In: **Alceu. Revista do Departamento de Comunicação Social** da PUC-RJ, vol.05, nº. 09, 2004, p. 106. Disponível em: http://publique.rdc.puc-rio.br/revistaalceu/media/alceu_n9_cittadino.pdf. Acesso em: 10.out. 2009.

_____. **Pluralismo, Direito e Justiça Distributiva** Elementos da Filosofia Constitucional Contemporânea. 3ª ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2004.

CLÈVE, Clèmerson Merlin. A Eficácia dos Direitos Fundamentais Sociais. In: **Crítica Jurídica – Revista Latinoamericana de Política, Filosofia y Derecho**. nº. 22. Curitiba: Unibrasil, 2003.

_____. **A Fiscalização Abstrata da Constitucionalidade no Direito Brasileiro**. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

_____. **Atividade Legislativa do Poder Executivo**. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

_____. **Direito Constitucional, Novos Paradigmas, Constituição Global e**

Processo de Integração, in: **Constituição e Democracia – Estudos em homenagem à Paulo Bonavides**, Francisco Gerson Marques de Lima e Fayaga Silveira Bedê (orgs.). São Paulo: Malheiros, 2006.

_____. Crédito-prêmio do IPI - eventual mudança de orientação jurisprudencial e princípio constitucional da segurança jurídica. In: **Revista Interesse Público**, nº 27. fls.136-157. Notadez: Porto Alegre, 2004.

COELHO, Inocêncio Martins. As ideias de Peter Häberle e a abertura da interpretação constitucional no direito brasileiro. In: **Revista de Informação Legislativa**. nº. 137, Ano 35, jan.mar/1998, p. 159. Disponível em: http://www.senado.gov.br/web/cegraf/ril/Pdf/pdf_137/r137-16.pdf. Acesso em: 10.jul.2009.

COHEN, Joshua, Democracy and Liberty. In: **Deliberative Democracy**. Jon Elster (ed.). Cambridge: Cambridge University Press, 1998.

_____. Procedimento e Substância na Democracia Deliberativa. In: **Democracia Deliberativa**. Denílson Luis Werle e Rúrion Soares Melo (orgs.) São Paulo: Editora Singular, Esfera Pública, 2007.

COMANDUCCI, Paolo. Formas de (Neo) Constitucionalismo: un análisis metateórico. In: **Neoconstitucionalismo(s)**. Miguel Carbonell (ed.). Madrid: Trotta, 2003.

COMPARATO, Fábio Conder. Prefácio de **Quem é o povo? A questão fundamental da democracia**. São Paulo: Max Limond, 2003.

CONSTANT, Benjamin. **Princípios Políticos Constitucionais**. Tradução: Maria do Céu Carvalho. Rio de Janeiro: Líber Júrís, 1989.

COOLEY, Thomas. **Princípios Gerais de Direito Constitucional nos Estados Unidos da América**. Tradução: Ricardo Rodrigues Gama. Campinas Russel, 2002.

COSTA, Pietro. O Estado de Direito: uma introdução histórica. In: **Estado de Direito: história, teoria e crítica**. COSTA, Pietro; ZOLO, Danilo (orgs.) São Paulo: Martins Fontes, 2006.

COURTIS, Christian. Critérios de Justiciabilidade dos Direitos Econômicos Sociais e Culturais: uma Breve Exploração. In: **Direitos Sociais: Fundamentos, Judicialização e Direitos Sociais em espécie**. SOUZ NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel (coord). Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

_____. ORLANDO, Federico. Sobre el *Amicus curiae*. In: **Teoría y Crítica del Derecho Constitucional**. GARGARELLA, Roberto. (coord). Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 2008.

CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza. **Direito à Diferença**. 2ª ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2005.

_____. **Jurisdição Constitucional Democrática**. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

CUNHA, Paulo Ferreira. Crise do Direito e do Estado e Educação para os Direitos Humanos. In: **Direitos Humanos e Democracia**. CLÈVE, Clèmerson Merlin; SARLET, Ingo Wolfgang; PAGLIARINI, Alexandre Coutinho. (coord). Rio de Janeiro: Forense, 2007.

DAHAL, Robert. **Um prefácio à teoria democrática**. Rio de Janeiro: Zahar, 1989.

DEBORD, Guy. **A sociedade do Espetáculo**. Rio de Janeiro: Contraponto, p. 03. Disponível em: <http://br.geocities.com/mcrost12/>. Acesso em: 01 jul. 2008.

DERRIDA, Jacques. Em nome de uma hiper-ética (entrevista concedida a Evando Nascimento). **Jornal Folha de São Paulo**. Caderno *Mais!* Publicado em 15 de agosto de 2004. Disponível em: http://www.derrida.ufjf.br/corpo_entrevistas.htm. Acesso em: 10 de jun.2008.

DIAZ, José Ramon Cossio. **Estado Social y Derechos de Prestación**. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1989.

DIDIER, Fredie. **Curso de Direito Processual Civil vol. 03**. 6ª. ed. Salvador: JusPodivm, 2008.

_____. Transformações do Recurso Extraordinário. In: **Processo e Constituição. Estudos em homenagem a professor José Carlos Barbosa Moreira**. Luiz Fux, Nelson Nery Júnior, Teresa Arruda Alvim Wambier (coord.). São Paulo: RT, 2006.

DIPPEL, Horst. **História do Constitucionalismo Moderno**. Tradução: António Manuel Hespanha e Cristina Nogueira da Silva. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2007.

DOTTI, René Ariel. O diálogo entre a corda e o pescoço. **Jornal Folha de São Paulo**. Coluna Tendências & Debates. Publicado em 13 de maio de 2009.

DUARTE, Écio Oto. **Neoconstitucionalismo e Positivismo Jurídico**. In: *Neoconstitucionalismo e Positivismo Jurídico: as faces da teoria do Direito em tempos de interpretação moral da Constituição*. São Paulo: Landy, 2006.

DWORKIN, Ronald. **A virtude soberana: a teoria e a prática igualdade**. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

_____. Direito, Filosofia e Interpretação. In: **Cadernos da Escola do Legislativo**. Tradução: Raíssa R. Mendes. Revisão: Menelick de Carvalho Netto, p. 70. Disponível em: <http://www.almg.gov.br/CadernosEscol/Caderno5/dfi.pdf>. Acesso em: 08.ago.2009.

_____. **Justice in robes**. The Belknap Press of Harvard University Press, 2006.

_____. **Levando os direitos a sério**. Tradução: Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

_____. **O Direito da Liberdade Uma leitura moral da Constituição norte-americana**. Tradução: Marcelo Brandão Cipolla. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

_____. **O Império do Direito**. Tradução: Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

_____. **Uma questão de princípio** Tradução. Luis Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

ELSTER, Jon. Introduction. In: **Deliberative Democracy**. Jon Elster (ed.). Cambridge: Cambridge University Press, 1998.

_____. O mercado e o fórum: três variações na teoria política. In: **Democracia Deliberativa**. Denílson Luis Werle e Rúrion Soares Melo (orgs.) São Paulo: Editora Singular, Esfera Pública, 2007.

_____. **Ulysses and the sirens: studies in rationality and irrationality**. Cambridge: Cambridge University Press, 1993

ELY, John Hart. **Democracia y Desconfianza Una teoria del control constitucional**. Tradução: Magdalena Holguín. Santafé de Bogotá: Siglo del Hombre Editores, 1997.

_____. Democracy and the right to be different. In: **New York University Law Review**, nº. 56, 1981.

ENTERRÍA, Eduardo Garcia de. **La Constitución como Norma y el Tribunal Constitucional**. 3ª. ed. Madrid: Editorial Civitas, 1983.

FARIA, José Eduardo. O modelo liberal de direito e de Estado. In: **Direito e Justiça: a Função Social do Judiciário**. José Eduardo Faria (org.) 2ª ed. São Paulo: Ática, 1997.

FARIAS, Edilsom. **Liberdade de expressão e comunicação: teoria e proteção Constitucional**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

FAVOREU, Louis. **As Cortes Constitucionais**. Tradução: Dunia Marinho Silva. São Paulo: Landy, 2004.

_____. In: **Tribunales Constitucionales Europeos y Derechos Fundamentales**. Loius Favoreu (org.). Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1984.

FEREJOHN, John; PASQUINO, Pasquale. Tribunais Constitucionais como Instituições Deliberativas. In: **Limites do Controle de Constitucionalidade**. BIGONHA, Antonio Carlos; MOREIRA, Luiz (dir.) Rio de Janeiro: Lumens Juris, 2009.

FERNANDES, Bianca Stamato. **Jurisdição Constitucional**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

FERRAJOLI, Luigi. **Derechos y Garantias**. 5ª. ed., 2006. Luigi. Madrid: Trota, 2006.

_____. Juspositivismo Crítico y Democracia Constitucional. In: **DOXA. Isonomía Revista de Teoría y Filosofía del Derecho** nº. 16. Abril, 2002, p. 09. Disponível em: <http://www.cervantesvirtual.com/portal/DOXA/isonomia.shtml>. Acesso em: 09.ago.2009.

_____. Las Garantías Constitucionales de Los Derechos Fundamentales. In: **DOXA. Cadernos de Filosofía del Derecho** nº. 29, 2006, p. 17-21. Disponível em: <http://www.cervantesvirtual.com/portal/DOXA/cuadernos.shtml>. Acesso em: 09.ago.2009.

_____. O Estado de Direito entre o passado e o futuro. In: **Estado de Direito: história, teoria e crítica**. Pietro Costa e Danilo Zolo (orgs.). São Paulo: Martins Fontes, 2000.

FERRAZ, Anna Cândida da Cunha. **Conflito entre poderes: o poder congressional de sustar atos normativos do Poder Executivo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994.

_____. **Processos Informais de Mudança da Constituição**. São Paulo: Max Limond, 1986.

FIGUEROA, Afonso. La teoría del derecho en tiempos de constitucionalismo. In: **Neoconstitucionalismo(s)**. Miguel Carbonell (ed.). Madrid: Trotta, 2003.

FIORAVANTI, Maurizio. **Constitución. De la Antigüedad a nuestros días**. Tradução:: Manuel Martinez Neira. Madrid: Trotta, 2001.

_____. **Los Derechos Fundamentales. Apuntes de história de las Constituciones**. Tradução: M. Martínez Neira. Trotta: Madrid, 1996.

_____. Costituzionalismo. **Percorsi della storia e tendenze attuali**. Bari: Gius. Laterza & Figli Spa, 2009.

FONTES, Paulo Gustavo Guedes. Véu islâmico, laicidade e liberdade religiosa. Coluna Tendências & Debates. **Jornal Folha de São Paulo**. Publicado em 15 de setembro de 2009.

FRAKENBERG, Günter. Tribunal Constitucional e Sociedade Civil. In: **Limites do Controle de Constitucionalidade**. Bigonha, Antonio Carlos Alpino & Moreira, Luiz (Dir.). Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

FRASER, Nancy. Da *redistribuição* ao reconhecimento? In: **Democracia hoje: novos desafios para a teoria democrática contemporânea**. SOUZA, Jessé (org). Brasília: UNB, 2001.

GAMBETTA, Diogo. Deliberation as discussion. In: **Democracia Deliberativa**. Denílson Luis Werle e Rúrion Soares Melo (orgs.) São Paulo: Editora Singular, Esfera Pública, 2007.

GARGARELLA, Roberto. Full Representation, Deliberation and Impatality. In: **Deliberative Democracy**. Jon Elster (ed.). Cambridge: Cambridge University Press, 1998.

_____. Crise de Representación y Constituciones Contramayoritarias. In: **DOXA. Revista de Teoría y Filosofía del Derecho**, nº. 02. abr., 2005, p. 98. Disponível em: <http://www.cervantesvirtual.com/servlet/SirveObras/01361653102351832977024/ind ex.htm>. Acesso em: 09.ago.2009.

_____. La dificultad de defender el control judicial de las leyes. In: **DOXA. Revista de Teoría y Filosofía del Derecho**, nº. 06. 1997, p. 65-67. Disponível em: <http://www.cervantesvirtual.com/portal/DOXA/isonomia.shtml>. Acesso em: 09.ago.2009.

_____. Democracia Deliberativa e o Papel dos Juizes diante dos direitos sociais. In: **Revista de Direito do Estado** nº. 10. Ano nº. 3. Rio de Janeiro: Renovar, abr./jun., 2008.

_____. **El derecho a La protesta**. Buenos Aires: Ad-Hoc, 2007.

_____. **La Justicia Frente ao Gobierno**. Barcelona: Editorial Ariel, 1996.

_____. **Teoría y Crítica del Derecho Constitucional**. Tomo I. Buenos Aires: Abeledo Perro, 2008.

GONTIJO, André Pires; SILVA, Christine Oliveira Peter da. O papel do *amicus curiae* no processo constitucional. In: Revista de Direito Internacional e Constitucional. São Paulo: Revista dos Tribunais. Ano 16, nº. 64, jul./set., 2008.

GRAU, Eros Roberto. **A ordem econômica na constituição**. 12ª ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

_____. **Ensaio e Discurso sobre a Interpretação/Aplicação do**

Direito. São Paulo: Malheiros, 2002.

GRIMM, Dieter. **Constitucionalismo y Derechos Fundamentales.** Tradução: Raúl Sans Burgos. Madrid: Trotta, 2006.

_____. Jurisdição Constitucional e Democracia. **Revista de Direito do Estado.** Ano 1, nº. 04. out./dez. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

GROSSI, Paolo. Para além do subjetivismo jurídico moderno. Tradução: Ricardo Marcelo Fonseca. In: **História do Direito em Perspectiva.** Curitiba: Juruá.

_____. **Mitologias Jurídicas da Modernidade.** Tradução: Arno Dal Ri Júnior. 2ª ed. Revisada e ampliada. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2007.

GUASTINI, Ricardo. La “Constitucionalização” del ordenamiento jurídico. In: **Neoconstitucionalismo(s).** Miguel Carbonell (ed.). Madrid: Trotta, 2003.

GUTMANN, Amy; THOMPSON, Dennis. **Why Deliberative Democracy?** New Jersey: Princeton University Press, 2004.

HÄBERLE, Peter. **Conversas Acadêmicas com Peter Häbele.** Valadés, Diogo. (org). Tradução: Carlos dos Santos Almeida. São Paulo: Saraiva, 2009.

_____. **Pluralismo y Constitución.** Tradução: Emilio Mikunda Franco. Madrid: Tecnos, 2002.

_____. **Hermenêutica Constitucional.** A sociedade aberta dos intérpretes da Constituição. Tradução: Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 2002.

_____. Novos Horizontes e Desafios do Constitucionalismo. In: **Revista de Direito do Estado.** Ano 2, nº. 6, abr./jul. Rio de Janeiro: Renovar, 2007.

_____. **Nueve Ensayos Constitucionales y Una Lección Jubilar.** Tradução: Mariela Trujillo. Lima: Asociación Peruana de Derecho Constitucional.

HABERMAS, Jürgen. Os três modelos normativos de democracia. Tradução: Anderson Fortes Almeida e Acir Pimenta Madeira In: **Cadernos da Escola do Legislativo nº. 3.** Belo Horizonte, jan./jun. 1995. s/ página. Disponível em:

<http://www.almg.gov.br/CadernosEscol/Caderno3/habermas.pdf>. Acesso em: 20. set.2009.

_____. **Direito e Democracia: entre faticidade e validade**. vol. I. e II
Tradução: Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003.

_____. Cómo es possible la legitimidade por vía de legalidad? In: **DOXA. Cuadernos de Filosofía del Derecho nº. 5**, 1988, p. 38. Disponível em: <http://www.cervantesvirtual.com/porta/DOXA/cuadernos.shtml>. Acesso em: 20. set. 2009.

_____. O Estado Democrático de Direito: uma amarração paradoxal de princípios contraditórios? In: **Era das Transições**. Tradução: Flavio Beno Seibeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003.

HART, Hebert L. A. **O Conceito de Direito**. Tradução A. Ribeiro Mendes. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkina, 1994.

HESPANHA, Antonio Manuel. **Cultura Jurídica Européia: Síntese de um milênio**. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2005.

_____. Um poder um pouco mais que simbólico: juristas e legisladores em luta pelo poder de dizer o direito. In: **História do Direito em Perspectiva**. FONSECA; Marcelo Fonseca; SEELAENDER, Airtón Cerqueira Leite Seelaender (org.), Curitiba: Juruá, 2008.

_____. **Justiça e Litigiosidade: História e Prospectiva**. Lisboa: Fundação Caloute Gulbenkian, 1993.

_____. **O Caleidoscópio do Direito O Direito e a Justiça nos Dias de Hoje**. Coimbra: Almedina, 2008.

HESSE, Konrad. **Elementos de Direito Constitucional da República Federal da Alemanha**. Tradução: Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1998

_____. Concepto y Cualidade de la Constitución. In: **Escritos de Derecho Constitucional**. Tradução: Pedro Cruz Villalon. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1992.

_____. Interpretación Constitucional. In: **Escritos de Derecho Constitucional**. Tradução: Pedro Cruz Villalon. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1992.

_____. Limites de la mutación constitucional. In: **Escritos de Derecho Constitucional**. Tradução: Pedro Cruz Villalon. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1992.

HOBBS, Thomas. **O Leviatã**; ou, Matéria, forma e poder de uma república eclesiástica e civil. Tradução: Joao Paulo Monteiro, Maria Beatriz Nizza da Silva. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

HOLMES, Stephen. El Precompromiso y la Paradoja de la Democracia. In: **Constitucionalismo y Democracia**. Esalter, Jon; Slagstad, Rune. Tradução: Mônica Utrilla de Neira. México: Fondo de Cultura Económica, 1999.

_____. Restricciones liberales al poder privado? Reflexiones sobre los orígenes y las justificaciones de la regulación del acceso a los medios de comunicación. Tradução Pablo Larranaga. **DOXA. Isonomia. Revista de Teoría e Filosofía del Derecho**, nº. 25, 2007, p. 22. Disponível em: <http://www.cervantesvirtual.com/portal/DOXA/isonomia.shtml>. Acesso em: 10. out. 2009.

IRIS, Marion Young. Comunicação e o outro: além da democracia deliberativa. In: **Democracia Hoje: os novos desafios para a teoria democrática contemporânea**. Jessé Souza (org). Brasília: UNB, 2001.

JAMES, Madison; HAMILTON, Alexander; JAY, James. **O Federalista**. Tradução: Heitor Almeida Herrera. Brasília: UNB, 1984.

JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de Direito Administrativo**. 3ª. São Paulo: Saraiva, 2008.

JUSTEN FILHO, Marçal. O Direito Administrativo do Espetáculo. **Direito Administrativo: e seus novos paradigmas**. In: ARAGÃO, Alexandre Santos de; MARQUES NETO, Floriano Azevedo (Coord). Belo Horizonte; Fórum, 2009

JUSTEN FILHO, Marçal. **O Direito das Agências Reguladoras Independente**. São Paulo: Dialética, 2002.

KELSEN, Hans. Os fundamentos da democracia. In: **A Democracia**. Tradução:

Ivone Castilho Benedetti. 2ª. ed. 161-167. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

_____. A Garantia Jurisdicional da Constituição. In: **Jurisdição Constitucional**. Tradução: Alexandre Krug. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

_____. O controle judicial da constitucionalidade: um estudo comparado das Constituições austríaca e americana. In: **Jurisdição Constitucional**. Tradução: Alexandre Krug. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

_____. Quem deve ser o guardião da constituição? In: **Jurisdição Constitucional**. Tradução: Alexandre Krug. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

_____. **Sobre a interpretação**. Tradução: Raíssa R. Mendes. Revisão: Menelick de Caravalo Netto. Belo Horizonte. Cadernos da Escola do Legislativo. n. 5 jan./jun. 1997.

_____. **Teoria Pura do Direito**, 6ª. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

KNIGHT, Jack; JOHNSON, James. A agregação e deliberação sobre a possibilidade da legitimidade democrática. In: **Democracia Deliberativa**. Denílson Luis Werle e Rúrion Soares Melo (orgs.) São Paulo: Editora Singular, Esfera Pública, 2007.

KOZICKI, Katya. A interpretação do direito e a possibilidade de justiça em Jacques Derrida. In: **Crítica da modernidade: diálogos com o direito**. FONSECA, Ricardo Marcelo Fonseca. (org). Florianópolis: Fundação Boiteux, 2005.

KROLL, Heloísa da Silva. **Democracia versus Constituição**: uma análise da posição do Supremo Tribunal Federal no caso da fidelidade partidária. *Paper* apresentado para a disciplina Teoria Crítica do Direito Constitucional ministrada pela Professora Doutora Vera Karam de Chueiri no segundo semestre de 2008.

_____. Aportes da teoria constitucional: uma abordagem sobre a Constituição, a democracia e a jurisdição constitucional. In: **Revista de Direito Constitucional e Internacional**. nº. 65, Ano 16. São Paulo: Revista dos Tribunais, out./dez.,2008.

LEAL, Mônia Clarissa Hennig. **Jurisdição Constitucional Aberta**: reflexões sobre os limites e a legitimidade da Jurisdição Constitucional na ordem democrática. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

LEAL, Rogério Gesta. Perfis democrático-procedimental da jurisdição constitucional comunitária: uma possibilidade para o Brasil. In: **Filosofia no Direito e a Filosofia do direito**. Porto Alegre: Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica, 2007.

LIMONGI, Fernando Papaterra. O Federalista: remédios republicanos para males republicanos. In: **Os Clássicos da Política**. Francisco C. Weffort. (org.). 9ª. ed. São Paulo: Ática, 1998.

LOBO, Américo. **Decisões Constitucionais de Marshall**. Tradução: Américo Lobo. Brasília: Ministério da Justiça, 1997.

LOCKE, Jonh. **Segundo Tratado sobre o Governo Civil**. Tradução: Magda Lopes e Marisa Lobo da Costa. 4ª. ed. Petrópolis: Editora Vozes, 2006.

LOEWNSTEIN, Karl. **Teoría de la Constitución**. Tradução: Alfredo Gallego Anabitarte. 2ª. ed. Barcelona: Ariel, 1976.

MALISKA, Marcos Augusto. **O Direito à Educação e a Constituição**. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 2001.

MANIN, Bernard. Legitimidade e Deliberação Pública. In: **Democracia Deliberativa**. Denílson Luis Werle e Rúrion Soares Melo (orgs.) São Paulo: Editora Singular, Esfera Pública, 2007.

MARINONI, Luiz Guilherme, MITIDIERO, Daniel. **Repercussão Geral no Recurso Extraordinário**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

MARRAFON, Marco Aurélio. Jurisdição Constitucional em tempos de “Horror Político”. In: **Estudos Constitucionais**. COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda; MORAIS, José Luiz Bolzan, STRECK, Lenio Luiz. (Org). Rio de Janeiro: Renovar, 2007.

MARTINS, Ives Gandra; MENDES, Gilmar Ferreira. **Controle de Constitucionalidade. Comentários à lei 9.869/99**. 2ª. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

MELLO, Leonel Itaussu Almeida. John Locke e o individualismo liberal. **Os clássicos da política**. Francisco c. Weffort (org.). 9ª. ed. São Paulo: Ática, 1998.

MELO, Patrícia Perrone Campos. Operando com súmulas e precedentes judiciais. In: **A reconstrução democrática do direito público no Brasil**. Luís Roberto Barroso (org.), Rio de Janeiro: Renovar, 2007.

MENDES, Conrado Hübner. **Controle de Constitucionalidade e Democracia**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Martins; BRANCO, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 2ª. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

_____. O controle incidental de normas no direito brasileiro. In: **Direitos Fundamentais e Controle de Constitucionalidade: Estudos de Direito Constitucional**. 2ª. ed. São Paulo: Celso Bastos Editor, 1999.

_____; VALE, André Rufino do. O pensamento de Peter Häberle na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. In: **Observatório da Jurisdição Constitucional**. Ano 2, 2008/2009, p. 08. Disponível em: <http://www.portaldeperiodicos.idp.edu.br/index.php/observatorio>. Acesso em: 12.10.2009.

MERQUIOR, José Guilherme. Liberalismo e Constituição. In: **O Avanço do Retrocesso**. Rio de Janeiro: Rio Fundo, 1990.

MICHELMAN, Frank I. **Brennan and Democracy**. New Jersey: Princenton University Press, 1999.

_____. Welfare Rights in a Constitutional Democracy. In: **Washington University Law Quarterly**, nº. 03, Washington: Washington University, Summer, 1979.

MIGUEL, Afonso Ruiz. Constitucionalismo y Democracia. In: **DOXA. Isonomia. Revista de Teoría y Filosofía del Derecho** nº. 21, 2004, p. 53. Disponível em: <http://www.cervantesvirtual.com/portal/DOXA/isonomia.shtml>. Acesso em: 09.ago.2009.

MIRANDA, Jorge. **Direito Constitucional, Tomo I**. 7ª ed. Coimbra: Coimbra, 2003.

MIRANDA, Pontes de. **Democracia, Liberdade e Igualdade: os três caminhos**. Rio de Janeiro: Forense, 1985.

MONTESQUIEU, Charles de Secondat, baron de. **Do espírito das leis**. Tradução: Jean Melville. São Paulo: Martin Claret, 2006.

MORAES FILHO, José Filomeno. Separação de poderes. In: **Teoria da Constituição** *Estudos sobre o Lugar da Política no Direito Constitucional*. SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; BERCOVICI, Gilberto; MORAES FILHO, José Filomeno; LIMA, Martonio Mont'Alverne B. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003.

MORO, Sérgio Fernando. **Jurisdição Constitucional como Democracia**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

_____. Desenvolvimento e efetivação judicial das normas constitucionais. 2ª ed. São Paulo: Max Limond, 2001.

MOUFFE, C. *Por um modelo agonístico de democracia*. **Revista de Sociologia e Política** nº. 25, p. 165-175, jun. 2006, p. 166. Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S010444782005000200003&lng=&nrm=iso&tlng=. Acesso em: 05 jun. 2008.

_____. Introdução para um pluralismo combativo. In: **O Regresso do Político**. Tradução: Ana Cecília Simões, Lisboa: Gradiva, 1996.

_____. Pluralismo e democracia moderna: em torno de Carl Schmitt. In: **O Regresso do Político**. Tradução: Ana Cecília Simões, Lisboa: Gradiva, 1996.

_____. Sobre a articulação entre democracia e liberalismo. In: **O Regresso do Político**. Tradução: Ana Cecília Simões, Lisboa: Gradiva, 1996.

MÜLLER, Friedrich. **Métodos de Trabalho de Direito Constitucional**. Tradução: Peter Naumann. São Paulo: Max Limond, 2000.

_____. **Quem é o povo? A questão fundamental da democracia**. Tradução Peter Naumann. São Paulo: Max Limond, 2003.

NADAI, Bruno; MATTOS, Paulo Todescan Lessa. Paradigmas de Direito: compreensão e limites. In: **Direito e Democracia. Um guia de leitura de Habermas**.

NOBRE, Marcos; TERRA, Ricardo. (org). São Paulo: Malheiros, 2008.

NEGELIUS, Joakim. Derecho y Democracia. **DOXA. Cuadernos de Filosofía del Derecho** nº. 8, 1990, p. 309-310. Disponível em: <http://www.cervantesvirtual.com/portal/DOXA/cuadernos.shtml>. Acesso em 09.ago.2009.

NEVES, Marcelo. Do consenso ao dissenso: Estado democrático de direito para além de Habermas. In: **Democracia hoje: Novos desafios para a teoria democrática contemporânea**. SOUZA, Jessé. Brasília: UNB, 2001.

NINO, Carlos Santiago. Construtivismo epistemológico entre Rawls e Habermas. In: **DOXA. Cuadernos de Filosofía del Derecho** nº. 5, 1988. Disponível em: <http://www.cervantesvirtual.com/portal/DOXA/cuadernos.shtml>. Acesso em 17.set.2009.

_____. Autonomia e Necessidades Básicas. In: **DOXA. Cuadernos de Filosofía del Derecho** nº. 7, 1990. Disponível em: <http://www.cervantesvirtual.com/portal/DOXA/cuadernos.shtml>. Acesso em 15.set.2009.

_____. La democracia epistêmica puesta a prueba, resposta a Rosenkrantz y Ródeas. In: **DOXA. Cuadernos de Filosofía del Derecho** nº. 10, 1991. Disponível em: <http://www.cervantesvirtual.com/portal/DOXA/cuadernos.shtml>. Acesso em 17.set.2009.

_____. **La Constitución de la Democracia Deliberativa**. Tradução: Roberto P. Saba. Barcelona: Gedisa Editorial, 1997.

_____. La Filosofía Del Control Judicial De Constitucionalidad. In: **Revista del Centro de Estudios Constitucionales**, nº. 4, 1989, p. 79-88, p. 80. Disponível em: http://www.cepc.es/rap/Publicaciones/Revistas/15/RCEC_04_077.pdf. Acesso em 10.ago.2009.

_____. Los fundamentos del control de constitucionalidad. In: **Revista del Centro de Estudios Constitucionales**, nº. 4, 1989, p. 85. Disponível em: <http://dialnet.unirioja.es/servlet/extaut?codigo=125395>. Acesso em 10.jun.2009.

_____. La Constitución como Convención. In: **Revista del Centro de Estudios Constitucionales**, nº. 6, p. 209. Disponível em: <http://dialnet.unirioja.es/servlet/extaut?codigo=125395>. Acesso em 17.set.2009.

NORIEGA, Saúl López. Democracia y medios de comunicación. In: **DOXA. Isonomia. Revista de Teoría e Filosofía del Derecho**, nº. 27, 2007, p. 11. Acesso em: 10. out. 2009. Disponível em: <http://www.cervantesvirtual.com/porta/DOXA/isonomia.shtml>.

NOVAIS, Jorge Reis. **Direitos Fundamentais: trunfos contra a maioria**. Coimbra: Coimbra Editora, 2006.

OLIVEIRA, Marcelo de Andrade Cattoni de. **Direito Processual Constitucional**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2001.

_____. **O Projeto Constituinte de um Estado Democrático de Direito** (Por um exercício de Patriotismo Constitucional, no marco da Teoria Discursiva do Direito e do Estado de Jürgen Habermas) (manuscrito).

OLSEN, Ana Carolina Lopes. **Direitos Fundamentais Sociais: efetividade frente à reserva do possível**. Curitiba: Juruá, 2008.

OTERO, Paulo. **A Democracia Totalitária: Do Estado Totalitário à Sociedade Totalitária**. A influência do totalitarismo na democracia do século XXI. Cascais: *Principia*. ,Publicações Universitárias e Científicas, 2001.

OWEN, Fiss. **A ironia da liberdade de expressão: Estado, regulação e Diversidade na esfera pública**. Tradução Gustavo Binenbojm e Caio Mário da Silva Pereira Neto. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

PALOMBELLA, Gianluigi. **Constitución y Soberania**. El sentido de la democracia constitucional. Granada: Comares Editorial, 2000.

PAZZOLO, Sussana. Neoconstitucionalismo como último desafio do positivismo jurídico. In: **Neoconstitucionalismo e Positivismo Jurídico: as faces da teoria do Direito em tempos de interpretação moral da Constituição**. São Paulo: Landy, 2006.

_____. Un constitucionalismo ambíguo. In: **Neoconstitucionalismo(s)**. Miguel Carbonell (ed.). Madrid: Trotta, 2003.

PEREIRA, Ana Lucia Pretto. **A Reserva do Possível: entre constitucionalismo e democracia**. Dissertação de Mestrado. Curitiba: Universidade Federal do Paraná, 2009.

PEREIRA, Luis Fernando. Discurso Histórico e Direito. In: **Direito e Discurso Discursos do Direito**. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2006.

_____. Joaquim Manuel de Macedo: uma luneta mágica sobre a cultura político-jurídica do Império. In: **História do Direito em Perspectiva: Do antigo regime à modernidade**. FONSECA, Ricardo Marcelo; SEELAENDER, Ailton Cerqueira Leite (Coord.). Curitiba: Juruá, 2008.

PINTORE, Anna. *Democracia sin Derechos*: en torno del Kelsen democrático. In: **DOXA. Cadernos de Filosofía del Derecho** nº. 23, 2000, p. 135-137. Disponível em: <http://www.cervantesvirtual.com/portal/DOXA/cuadernos.shtml>. Acesso em: 09.ago.2009.

POST, Robert. Democracia e Igualdade. In: **Revista de Direito do Estado**. Rio de Janeiro: Renovar. Ano 1, nº. 03. jul./set, 2006.

PRZEWORSKI, Adam. Deliberation and Ideological Domination. In: **Deliberative Democracy**. Jon Elster (ed.). Cambridge: Cambridge University Press, 1998.

RAWLS, Jonh. **O Liberalismo Político**. Tradução: Dinah de Abreu Azevedo. 2ª ed. São Paulo: Ática, 2000.

REALE, Miguel. **Liberdade e Democracia**: em torno do Anteprojeto da Comissão Provisória de Estudos Constitucionais. Saraiva: São Paulo, 1897.

RIBEIRO, Renato Janine. Hobbes: o medo e a esperança. **Os clássicos da política**. Francisco C. Weffort (org.), 9ª. ed. São Paulo: Ática, 1998.

RICHE, Flávio Elias. Revisitando a deliberação pública. In: **Temas de Constitucionalismo e Democracia**. VIEIRA, José Ribas (org.). Renovar: Rio de Janeiro, 2003.

RIVERO, Jean. A modo de síntese. In: **Tribunales Constitucionales Europeos y Derechos Fundamentales**. Loius Favoreu (org.). Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1984.

ROSENFELD, Michel. **A identidade do sujeito constitucional**. Tradução: Menelick de Carvalho Neto. Belo Horizonte: Mandamentos, 2003.

ROSENKRANTZ, Carlos. La democracia: una crítica a su justificación epistêmica. In:

DOXA. Cuadernos de Filosofía del Derecho nº. 10, 1991, p. 266. Disponível em: <http://www.cervantesvirtual.com/porta/DOXA/cuadernos.shtml>. Acesso em: 17.set.2009.

_____. Introdução à edição em castelhano. In: ACKERMAN, Bruce. **La Justicia Social en el Estado Liberal**. Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1993.

ROTHENBURG, Walter Claudius. **Arguição de descumprimento de preceito fundamental**: análises à luz da Lei n.º 9.882/99. São Paulo: Atlas, 2001.

ROUSSEAU, Jean-Jacques. **Do Contrato Social: Princípios do Direito Público**. Tradução: J. Cretella Jr., e Agnes Cretella. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002.

SALDANHA, Nelson, **A Formação da Teoria Constitucional**. 2ª. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

_____. **O Estado Moderno e a Separação de Poderes**. Saraiva: São Paulo, 1987.

SAMPAIO, José Adércio Leite. **A Constituição Reinventada pela Jurisdição Constitucional**. Belo Horizonte: Del Rey, 2002.

_____. **Direitos Fundamentais: Retórica e Historicidade**. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

SAMPAIO, José Adércio Leite. Habermas entre Amigos e Críticos. Prolegômenos para uma Esfera Pública. In: **Jürgen Habermas, 80 anos. Direito e Democracia**. FRANKENBERG, Günter; MOREIRA, Luiz. (org.). Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

SANCHÍS, Luis Prieto. **Constitucionalismo y Positivismo**. 2ª. ed. México: Distribuciones Fontamara, 1999.

_____. Minorias, respecto a la disidencia y igualdad sustancial. In: **DOXA. Cuadernos de Filosofia del Derecho** nº. 15. Disponível em: <http://www.cervantesvirtual.com/porta/DOXA/cuadernos.shtml>. Acesso em: 22.out.2009.

_____. Neoconstitucionalismo y ponderación judicial. In: **Neoconstitucionalismo(s)**. Miguel Carbonell (ed.). Madrid: Trotta, 2003.

SANTOS, Boaventura de Sousa; AVRITZER, Leonardo. Para ampliar o cânone democrático. In: **Democratizar a Democracia. Os caminhos da democracia participativa**. SANTOS, Boaventura de Sousa (org.) 2ª. ed. Rio de Janeiro: Civilização brasileira, 2003.

_____. **Renovar a teoria crítica e reinventar a emancipação social**. Tradução: Mouzar Benedito. São Paulo, 2007.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 8ª. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

SARMENTO, Daniel. **Direitos Fundamentais e Relações Privadas**. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2003

_____. A Proteção Judicial dos Direitos Sociais: Alguns Parâmetros Ético-Jurídicos. In: **Direitos Sociais: fundamentos, judicialização e direitos sociais em espécie**. SOUZ NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel (Org.). Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

_____. A liberdade de expressão e o problema do *hate speech*. In: **Revista de Direito do Estado**. Rio de Janeiro: Renovar, Ano 1, nº. 4, out./dez, 2006.

_____. Ubiquidade Constitucional: os dois lados da mesma moeda In: **Revista de Direito do Estado**. Rio de Janeiro: Renovar, Ano 1, nº. 2, abr./jun., 2006.

_____. Casamento e união estável entre pessoas do mesmo sexo: Perspectivas constitucionais. In: **Revista Trimestral de Direito Civil** Ano nº. 08, vol. 32, São Cristóvão: Padma, out./dez, 2007.

SARTORI, Giovani. **A Teoria da Democracia Revisitada. vol. I**. Tradução: Dinah de Abreu Azevedo. São Paulo: Ática, 1994.

SCHMITT, Carl. **A Crise da Democracia Parlamentar**. Tradução: Inês Lohbauer. São Paulo: Scritta, 1996.

_____. **La Defensa de la Constitución.** Tradução: Manuel Sanches Sarto. Tecnos: Madrid, 1998.

SCHWARZ, Roberto. **A ideias fora do lugar.** Cadernos Cebrap. nº. 3, 1973.

SEN, Amartya. **Desenvolvimento como liberdade.** Tradução: Laura Teixeira Motta. São Paulo: Companhia das Letras, 2000.

SIEYÈS, Emmanuel Joseph. **A Constituinte Burguesa.** Tradução: Norma Azevedo. 3ª. ed. Rio de Janeiro, 1997.

SILVA, José Afonso. **Comentário Textual à Constituição.** São Paulo: Malheiros, 2005.

SILVA, Virgílio Afonso da; MENDES, Conrado Hübner. Habermas e a Jurisdição Constitucional. In: **Direito e Democracia. Um guia de leitura de Habermas.** NOBRE, Marcos; TERRA, Ricardo. (org). São Paulo: Malheiros, 2008.

_____. O Judiciário e as Políticas Públicas: entre transformação social e obstáculo à realização dos direitos sociais. In: **Direitos Sociais:** Fundamentos, Judicialização e Direitos Sociais em espécie. SOUZ NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel (coord). Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

_____; MENDES, Conrado Hübner. Entre a transparência e o populismo judicial. Coluna Tendências & Debates. **Jornal Folha de São Paulo.** Publicado em 11 de maio de 2009.

_____. **O Conteúdo Essencial dos Direitos Fundamentais e a Eficácia das Normas Constitucionais.** Tese apresentada para concurso Professor Titular de Direito Constitucional da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 2005.

_____. Princípios e Regras: mitos e equívocos acerca de uma distinção. In: **Revista Latino-americana de estudos Constitucionais.** Belo Horizonte: Del Rey, nº. 1. jan./jul. 2003.

SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. Deliberação Pública, Constitucionalismo e Cooperação Democrática. In: **A Reconstrução Democrática do Direito Público no Brasil.** Luís Roberto Barroso (org.). Rio de Janeiro: Renovar, 2007.

_____. A justiciabilidade dos direitos sociais: críticas e parâmetros. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel. (Org.). **Direitos sociais: fundamentos, judicialização e direitos sociais em espécie**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

_____. **Jurisdição Constitucional e Racionalidade Prática**. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

_____. A Teoria Constitucional e seus lugares específicos: notas sobre o aporte reconstrutivo. In: **Revista de Direito do Estado** nº. 01, Ano 1, jan./mar. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

_____. **Teoria da Constituição e Democracia Deliberativa**: um estudo sobre o papel do direito na garantia das condições para a cooperação na deliberação democrática. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

STRECK, Lênio Luiz; OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de; LIMA, Martonio Mont'Alverne Barreto. **A nova perspectiva do Supremo Tribunal Federal sobre o controle difuso: mutação constitucional e limites da legitimidade da jurisdição constitucional**. Disponível em: <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=10253>. Acesso em: 10. abr. 2008.

_____. **Jurisdição Constitucional e Hermenêutica**. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

_____. Decisionismo e Discrecionalidade Judicial em Tempos Pós-Positivistas: o solipsismo hermenêutico e os obstáculos à concretização da Constituição no Brasil. In: **O Direito e o Futuro O Futuro do Direito**. Antônio Avelãs Nunes e Jacinto Nelson de Miranda Coutinho. (Coord.) Coimbra: Almedina, 2008.

STROKES, Susan. Pathologies of Deliberation. In: **Deliberative Democracy**. Jon Elster (ed.). Cambridge: Cambridge University Press, 1998.

SUNDFELF, Carlos Ari. **Fundamentos de Direito Público**. 4º. Ed. 7ª. tir. São Paulo: Malheiros, 2006.

SUNSTEIN, Cass R.; HOLMES, Stephen. **The Cost of Rights**. New York: Norton, 2000

_____. **The Second Bill of Rights**. New York: Basic Books, 2004.

_____. Seminário proferido no Carnegie Council em 2003 sobre o livro **“Why Societies Need Dissent”**. Disponível em: <http://www.cceia.org/resources/transcripts/1030.html>. Acesso em: 29.mai.2008.

TALAMINI, Eduardo. **Jurisdição Constitucional**. *no prelo*, p. 119. Disponível: http://www.justen.com.br/Informativo22/informativo_01.htm. Acesso em: 12.dez.2008.

TAVARES, André Ramos; CLÈVE, Clèmerson Merlin; SARLET, Ingo Wolfgang; STRECK, Lênio Luiz. E não é para cumprir a Constituição? **Jornal Gazeta do Povo**. Publicado em 09 de maio de 2009.

_____. **Nova Lei das Súmulas Vinculantes**: estudos e comentários à Lei 11.417 de 19.12.2006. São Paulo: Método, 2007.

TORRES, Ricardo Lobo. A metamorfose dos direitos sociais no Brasil. In: **Direitos Fundamentais Sociais**: Estudos de Direito Constitucional, Internacional e Comparado. SARLET, Ingo Wolfgang (org.). Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

_____. **Tratado de Direito Constitucional Financeiro e Tributário. Vol. III. Os direitos humanos e a tributação: imunidades e isonomia**. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

TOURAINE, Allan. **O que é democracia?** Tradução: Guilherme João de Freitas Teixeira. 2ª ed. Petrópolis: Vozes, 1996.

TREMPS, Pablo Pérez. **Tribunal Constitucional y Poder Judicial**. Centro de Estudios Constitucionales: Madrid, 1985.

TUSHNET, Mark. **Taking the Constitution away from the Courts**. New Jersey: Princeton University Press, 1999.

VELOSO, Carlos. **A TV Justiça e o seu Papel**. Coluna Tendências & Debates. **Jornal Folha de São Paulo**. Publicado em 2 de maio de 2009.

VELOSO, Zeno. **Controle Jurisdicional de Constitucionalidade**. 3. ed. Belo Horizonte: Del Rey. 2003.

VERDU, Pablo Lucas. **Curso de Derecho Político. Vol. I.** 2ª. ed., Madri: Editorial Tecnos, 1992.

VIEIRA, Renato Stanzola. **Jurisdição Constitucional Brasileira e os Limites de sua Legitimidade Democrática.** São Paulo: Renovar, 2008.

VILHENA, Oscar Vieira. **A Constituição e sua reserva de justiça.** São Paulo: Malheiros, 1999.

_____. **Supremo Tribunal Federal: Jurisprudência Política e Direitos Fundamentais** – Uma Leitura da Jurisprudência do STF. São Paulo: Malheiros, 2006.

WALDRON, Jeremy. **Law and Disagreement.** New York: Oxford University Press, 2004.

WALZER, Michael. Deliberação, e o que mais? In: **Democracia Deliberativa.** Denílson Luis Werle e Rúrion Soares Melo (orgs.) São Paulo: Editora Singular, Esfera Pública, 2007.

WEBER, Max. **Economia e Sociedade.** Tradução de Regis Barbosa e Karen Elsabe Barbosa. Brasília: UNB, 1994.

WOLFE, Christopher. **La Transformación de la interpretación constitucional.** Madrid. Civitas. 1991.

WOLKEMER, Antonio Carlos. **História do Direito no Brasil.** Rio de Janeiro: Forense, 1998.

_____. **Ideologia, Estado e Direito.** 4ª ed. São Paulo: RT, 2003.

WRIGHT, Benjamin Fletcher. Introdução. In: **O Federalista.** Tradução: Heitor Almeida Herrera. Brasília: UNB, 1984.

ZAGREBELSKY, Gustavo. **El derecho dúcil: ley, justicia y derechos.** Tradução: Marina Gascón. 7ª ed. Madrid: Trotta, 2007.

ZOLO, Danilo. Teoria e Crítica do Estado de Direito. In: **Estado de Direito: história, teoria e crítica.** COSTA, Pietro; ZOLO, Danilo, São Paulo: Martins Fontes, 2006.